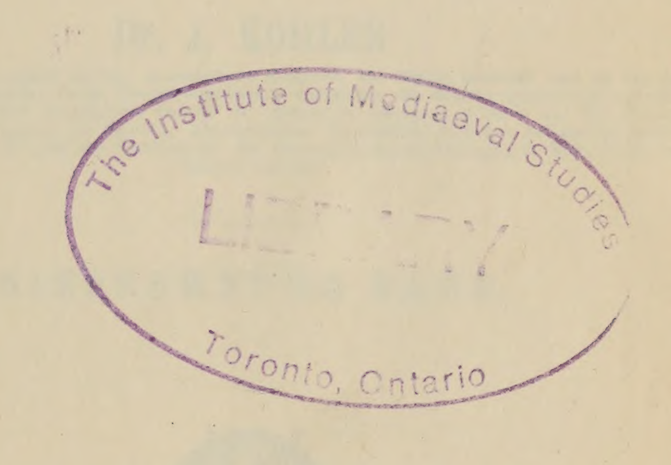



The Institute of Mediaeval Studies
LIBRARY
Toronto, Ontario

ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich, correspond. Mitglied der R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova

UND

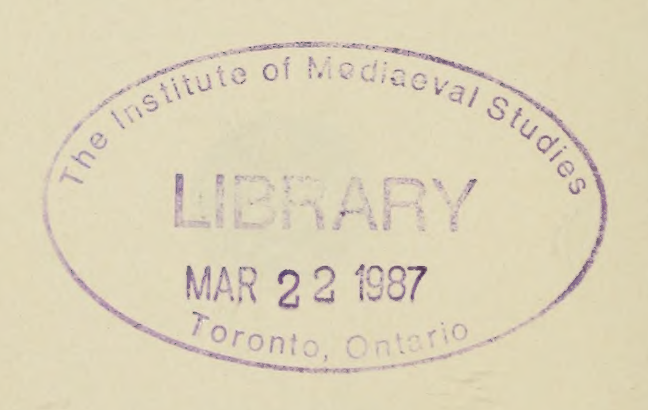
Dr. J. KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin. Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln, LL.D. der Universität Chicago

---

SIEBZEHNTER BAND.



STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1905.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Untersuchungen über das primitive Strafrecht.

Von

Eugen Kulischer in St. Petersburg.

(Schluss).

V.

Wenn ich nun im Hinblick auf die vorhergehenden Erörterungen noch einmal wiederhole, dass die Friedloslegung keineswegs eine Tödtungspflicht gegenüber dem Geächteten erzeugte, so will ich dadurch keineswegs mit Amira behaupten, dass die Friedlosigkeit in einem rein passiven Verhalten der Rechtsordnung bestanden habe[192]). Die Friedlosigkeit setzt sich aus zwei Elementen, einem passiven und einem activen, zusammen. Vor allem soll der Friedlosgelegte aus der Gemeinde factisch vertrieben werden; vornehmlich erst wenn dies geschehen ist kommt das passive Element zur Geltung: die Gemeinschaft kümmert sich nicht mehr um das Schicksal ihres früheren Mitglieds, ein jeder — Freund und Feind — kann mit ihm machen, was er will.

Auch bei Friedensbrüchen ist der Thäter nicht selten gezwungen, seine Heimath zu verlassen. Es ist dies aber keine Verbannung[193]), sondern Flucht, deren Zweck darin besteht,

[192]) Amira, Grundriss des germanischen Rechts, 2. A., 1897, S. 146.

[193]) Wohl kommt sie aber auch hier, wie bereits erwähnt, in einigen Fällen vor, wenn die Sippe des Thäters sich durch seine Handlungs-

dem ersten Wuthausbruch der Verletzten auszuweichen. Der Friedensschluss macht ihr daher ein Ende. So war bei den Tschetschenen und Kumyken die Sitte verbreitet, dass, wenn Jemand einen Todtschlag verübt hatte, er sogleich aus dem Orte fliehen und so lange von der Heimath fernbleiben sollte, bis es seinen Verwandten gelungen war, die Angehörigen des Getödteten durch eine Busse zu versöhnen und sich hiermit von ihrer Rache zu befreien. Der Thäter war aber ihr noch immer ausgesetzt und es begannen nun die Bemühungen, auch für den Thäter Verzeihung zu erlangen, was auch nach einiger Zeit zu gelingen pflegte. Der Flüchtling kehrte zurück, brachte den Angehörigen des Getödteten das Wergeld und erhielt nach einer langen Zeremonie völlige Verzeihung [194]). In den Homerischen Gesängen hören wir oft von Männern, die wegen einer Blutschuld aus der Heimath geflohen sind „meidend den Tod und das schwarze Verhängniss“ [195]). Aber es ist dies keine Ausstossung; denn, sobald es dem Thäter gelungen ist, πολλ' ἀποτίσας die Rächer zu besänftigen, kann er ruhig in seiner Heimath bleiben [196]). Dass der Todtschläger sofort nach der That flieht, ist gemeinslavisches Recht [197]). In den Statuta ducis Ottonis heisst es: Quicunque nobilis vel rusticus occiderit aliquem, CC denarios solvat curiae et alias recedat et quaerat gratiam, et uxor sua in pace sedeat et indempnis [198]). Es ist dies als Flucht, nicht als Strafe der Verbannung auf-

---

weise verletzt oder richtiger gefährdet zu fühlen beginnt; es liegt hier eine Uebertragung der Ahndung der inneren Missethaten auf die Friedensbrüche vor.

[194]) Leontowitsch, Adaten II, S. 130—131, 214—216.

[195]) Od. XV, 275. Desgl. Od. XIII, 256 ff., XIV, 379 ff. und Il. XXIV, 480 ff. Vgl. Il. II, 662 ff., XIII, 695 ff., XVI, 572. — Vgl. Plato, Νομοι IX, p. 28.

[196]) Il. IX, 634—636.

[197]) Miklosich, Die Blutrache bei den Slaven, S. 138, 147. Wesnitsch, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX, S. 57.

[198]) Stat. duc. Ott. a. 1229—1237, § 17 (bei Jireček, Svod S. 490).

zufassen; die Bestimmung des Zakon sudnij ljudem, dergemäss der Todtschläger, welcher sich losgekauft, verbannt werden soll, beruht nicht auf bulgarischem, sondern auf byzantinischem Recht[199]. Nach mehreren mittelalterlichen Stadtrechten muss der Todtschläger oder Nothzüchter den Ort verlassen und eine Zeit lang von demselben fernbleiben; er darf aber nach erfolgter Versöhnung in die Stadt zurückkehren[200].

Nicht so bei den innerhalb der Sippe verübten Missethaten. „Siehe, du treibest mich heute aus dem Lande," sagt der erste Brudermörder der Bibel[200a]. Und vom ersten Religionsverbrecher heisst es: „Da liess ihn Gott der Herr aus dem Garten Eden . . . Und trieb Adam aus, und lagerte vor den Garten Eden den Cherubim mit einem blossen hauenden Schwert, zu bewahren den Weg zu dem Baum des Lebens"[201].

---

[199]) Miklosich S. 155.

[200]) Iglauer Recht a. 1249: Pro homicidio si quis proscriptus fuerit, sine omni contradictione civitatem anno et die vitabit. Si autem transacto anno gratiam inimicorum habuerit, autequam civitatem intret, iuratis marcam dabit et iudici dimidiam (bei Jireček, Cod. iur. bohem. I, S. 105). — Strassburger Stadtrecht a. 1249: quicunque virginem vel mulierem violenter oppresserit, statim ipse et auxiliatores sui, si non deprehensi fuerint, exibunt civitatem per unum miliare, unum annum nullatenus intrantes civitatem, quousque laesae, civitati et iudicio satisfecerint (Osenbrüggen, Alam. Strafr. S. 99—100). — Coutumes von Montgaillard a. 1259, § 14: Item nulli interfectori alicuius habitatorum predictorum aliquem ulterius praestabimus securitatem, nisi prius cum amicis et propinquis deffuncti composuerit de illa nece; quod si forte, non composito sic cum dictis amicis dictam villam intraverit et ipsi amici eum offenderint, ipsi ultores nobis in nullo teneantur (Trouillard, Nouv. Rev. hist. XXIV, 1900, S. 543—544). — In Luzern noch im 17. Jahrh.: „So er aber entrinnt, muss er ewiglich leisten, doch wann er sich vertragt und versühnt mit des entleibten kindern und freunden, mag ihm von einem rath die statt wiederumb aufgethan werden" (Grimm zu S. 647 = II, 212). — Vgl. auch Kohler, Studien II, S. 28 ff. Kolderup-Rosenvinge, Grundriss S. 34—35. Post, Afrikanische Jurisprudenz 1887, S. 64 ff. Kohler, Nachwort zu Shakespeare S. 14.

[200a]) Mos. I, 4, 14.

[201]) Mos. I, 3, 23—24. Vgl. Förster S. 22—23.

Sitten alter Zeiten sind es, die in den Vorstellungen der Griechen von den den Verwandtenmord rächenden Erinnyen fortlebten. Die durch Geschlechtsblut Besudelten, heisst es bei Aeschylus, „werden bewegt von Raserei und von hohlem nächtlichen Schrecken, ihre beschimpfte Gestalt wird mit erzgetriebener Peitsche aus der Stadt gejagt. Sie dürfen nicht theilnehmen am Bechermahle, nicht an spendeliebender Libation, des Vaters Zorn treibt sie von den Altären, man nimmt sie nicht auf, noch söhnt man sich mit ihnen aus. Freundlos und verachtet von allen sterben sie demnächst, schrecklich ausgemergelt von ihrem allverderbenden Geschick“ [202]). Als φυγή bezeichnet Dionysius die römische Execration [203]); und nach einem — uns allerdings bloss von einem wenig zuverlässigen [204]) byzantinischen Schriftsteller überlieferten — Berichte wurde der Execrirte mit Ruthen aus der Stadt getrieben [205]); aber auch in der den Stempel des höchsten Alterthums an sich tragenden und von den Römern selbst als „älteste“ bezeichneten [206]) Schwurform wünscht sich der Schwörende für den Fall des Meineides aus seinem eigenen Rechte, Vermögen, Vaterlande verstossen zu werden, wie der Stein aus seiner Hand geworfen wird [207]). Die slavischen und germanischen Bezeichnungen der Friedlosigkeit beweisen in gleicher Weise,

---

202) Aeschylus, Choephor. 285 ff. Leist, Alt-ar. ius gent. S. 434.

203) Voigt, Die XII Tafeln I, 1883, S. 494 Anm. 17.

204) Vgl. Bury's Noten in seiner Ausgabe von Gibbon's History of the decline and fall of the Roman Empire IV, 1898, S. 518 ff.

205) Joannis Malalae Chronographia l. VII, ed. Dindorf 1831, S. 186 bis 187: .... κελεύσας τοῖς βαρνάκλοις τοῦτ' ἐστὶ περιπόλοις βαλισσήνοις βάκλοις τύπτειν αὐτὸν καὶ κράζειν, Ἔξιθι, φεβρουᾶρι ... καὶ οὕτως ἐκβληθεὶς ἀπὸ τῆς πόλεως Ῥώμης ὁ αὐτὸς συγκλητικὸς ἐτελεύτα, θυσιασθεὶς τοῖς καταχθονίοις θεοῖς.

206) Vetustissimus ritus, sanctissimum iusiurandum (Pernice, Zum römischen Sacralrecht, Sitzungsberichte der Berl. Akad. d. W. 1885, S. 1166 u. Anm. 4).

207) Festus s. v. lapidem; Polybius III, 25. Vgl. Pernice, a. a. O.; Ihering, Geist des röm. Rechts I, S. 191 Anm. 85a.

wie wesentlich das Element der Vertreibung für den Begriff derselben ist. An Stelle der technischen Bezeichnung für „Acht" — potok, finden wir in einigen pognanie „Fortjagen"[208]). Den aus der Gemeinde Ausgeschlossenen bezeichnet das Polizer Statut als einen, „der fortgejagt ist für seine Missethat"[209]). „Vargus sit, hoc est expulsus" sagt die Lex Ribuaria in Bezug auf den Leichenräuber[210]); flymen wird der Friedlose häufig in angelsächsischen Quellen bezeichnet, und für die Friedloslegung setzen nordische Gesetze: „den Aufenthalt im Lande verlieren"[211]); auch das Wort „Acht" steht mit „Verfolgung" in Zusammenhang[212]). Das altnorwegische Recht drückt „die Friedlosigkeit durch den Rath an den Geächteten aus, das Land zu meiden — zu fahren aus dem Landeigen unseres Königs"[213]).

Als wichtigstes Mittel, um dem Friedlosgelegten den Aufenthalt in seiner Gemeinde unmöglich zu machen, dient die Vernichtung der Wohnung desselben[214]). Wer einen Dieb-

---

[208]) Wladimirsky-Budanow, Quellen zur russ. Rechtsgesch. I, S. 38 Anm. 12. Im späteren westrussischen Recht findet sich bis zum 17. Jahrh. die Strafe der pogonia oder des vyvolanie — „Heraustreiben aus dem Lande". (Ebend. S. 47 Anm. 46. — Lit. Stat. a. 1529, VII, 29, 3. — Maksimeiko S. 39—40.)

[209]) Polizer St. § 129.

[210]) L. Rib. 85, 2 (MG. LL. V, S. 266); „hoc est expulsus" findet sich nicht in allen Handschriften. Auch die l. Sal. Emend. erläutert vargus durch „hoc est expulsus de eodem pago". Vgl. l. Sal. Emend. 17, 2 (ed. Hessels S. 89): ut inter homines non habitet auctor sceleris; l. Sal. 55, 2 (ebend. S. 352): et ipsi pro eum rogare debent ut ille inter homines liceat accedere.

[211]) Wilda S. 285.

[212]) Ebend. S. 281. Grimm S. 732—733 (II, 333—334).

[213]) Amira, Das alt-norwegische Vollstreckungsverfahren 1874, S. 4.

[214]) Ein anderes besteht darin, dass man ihm die Möglichkeit abschneidet, sich den Lebensunterhalt zu verschaffen. So verbrennen die Fischer auf dem Azowschen Meer dem schuldigen Genossen seine Netze und andere Geräthschaften (Jakuschkin, Gewohnheitsrecht II, 1896, Nr. 750, russ.).

stahl in der Moschee begeht und wer sich dem Willen der Gemeinde widersetzt, dessen Haus soll nach Rustem Chans Gesetzbuch zerstört werden[215]. Bei den Osseten wurde das Haus eines Vater- oder Muttermörders von den Verwandten niedergebrannt[216]. Dieselbe Strafe trifft bei den Merediten (Albanien) den Brudermörder[217]. Sie war auch den Slaven nicht fremd[218]. Aus dem Cap. Sax. geht hervor, dass das Abbrennen des Hauses eines Geächteten bei den Sachsen eine alte Sitte war[219]. Das Abbrechen und Abbrennen des Hauses, ja der ganzen Habe, wird von mehreren späteren mittelalterlichen Quellen bezeugt[220].

Die Sitte scheint auf die Habe der zum Tode Verurtheilten übertragen worden zu sein; obwohl man hierbei in mehreren Fällen auch an ein blosses Beibehalten der bei den Fehden zwischen den Sippen gewöhnlichen Folgen denken könnte. In Rom und in Griechenland wird aber das Niederreissen des Hauses gerade für politische Verbrechen bezeugt[221], wie es

---

[215]) Rustem-Chans Gesetzbuch (Daghestan, Kaukasus), abgedruckt als Beilage zu Komarow's Adaten und das Verfahren nach denselben, S. 85, 87 im Sbornik swedenij o korok. Gorz. I, 1868.

[216]) Adaten der Osseten a. 1836 (bei Leontowitsch II, S. 4).

[217]) Miklosich S. 136.

[218]) Helmoldi Chron. Slav. I, c. 82. — Kotljarewsky, Gesch. des Otto von Bamberg 1874, S. 121 (russ.). — Macieiowski, Slavische Rechtsgeschichte II, S. 149.

[219]) Cap. Sax. a. 797, c. 8 (LL. V, S. 91).

[220]) Grimm S. 729 (II, 329). — Mayer, Verfassungsgesch. I, S. 206 ff. — Richthofen, Zur Lex Saxonum 1868, S. 306. — His S. 176 ff. — Kohler, Studien II, S. 67 ff.

[221]) Liv. II, 42: a quaestoribus . . . diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes. IV, 16: Domum deinde, ut monumento area esset oppressae nefariae spei, dirui extemplo iussit. — Quintilian. instit. orat. III, 7, 20: post mortem adiecta quibusdam ignominia est, ut Maelio cuius domus solo aequata. — Ferner im Wege der magistratischen Coercition bei schuldhafter Umgehung der Dienstpflicht (Mommsen S. 44 Anm. 1. Einreissen des Hauses als selbständige Strafe, ebend. S. 53). — Nach Herodot VI, 72 wurde das Haus des bestochenen

auch im byzantinischen Reich hauptsächlich bei Verräthern angewandt wurde[222]); und merkwürdigerweise erfahren wir genau dasselbe in Bezug auf die Azteken[223]). Bei den Slaven und im mittelalterlichen Westeuropa kommt die Zerstörung der Häuser bei den verschiedensten Verbrechen vor[224]) und erhält sich bei den weniger vorgeschrittenen Nationen unter denselben bis in die Neuzeit hinein. In Russland wurde nicht nur unter Peter dem Grossen im Jahre 1722 das Kloster, in welchem der für ein Staatsverbrechen hingerichtete Mönch Lewin sich aufgehalten hatte, dem Boden gleichgemacht[225]), sondern auch bei der Unterdrückung des letzten polnischen Aufstandes wurden einige Dörfer und Herrengüter, in denen Schaaren der Aufständischen Aufnahme gefunden hatten, eingeäschert[226]); und

---

Spartanerkönigs Leutychides, der sich in ein freiwilliges Exil zurückgezogen hatte, dem Boden gleichgemacht. — In Bezug auf Athen vgl. Pastoret VII, S. 95, 102.

[222]) Miklosich S. 137.

[223]) Kohler, Das Recht der Azteken. Zeitschr. f. vgl. Rechtsw. XI, S. 79.

[224]) Miklosich S. 136—137. Im Polizer Statut wird jedoch das Niederbrennen des Hauses gerade für Aufruhr und Auflehnung gegen den Befehl des Fürsten oder Richters erwähnt (Leontowitsch, Die alte kroat.-dalm. Gesetzgebung S. 128). — Grimm S. 730. Mayer, Verfassungsgesch. I, S. 206 ff. Osenbrüggen, Alam. Strafrecht S. 62. Schaefer III, S. 452. Poullet, Histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant, 1887, S. 266—277. — Das Einreissen des Hauses wird für Ketzerei in gleicher Weise im weltlichen wie im geistlichen Recht vorgeschrieben (Lea, History of inquisition of the middle ages I, 1888, S. 481—482); auch für andere Vergehen kennt es das Kirchenrecht (vgl. Hinschius V, S. 39 Anm. 9, 49 Anm. 5).

[225]) Kistjakowsky, Die Todesstrafe, 1867, S. 255 (russ.).

[226]) Memoiren des Grafen N. M. Murawjew 1863—1866, „Russkaja Starina" XXXVI, 1882, S. 417 (russ.). — Berg, Graf Murawjew, ebend. XXXVII, 1883, S. 227. Telegramm des Grafen Murawjew an den Oberst v. Manteuffel vom 5. August 1863: „Nach Empfang dieses Telegramms ist das Dorf Jaworowka, 12 Werst von Bjelostok entfernt, niederzubrennen; der Boden, wo dasselbe gestanden, aufzupflügen, die Einwohner bis auf Befehl nach Bjelostok zu transportiren".

noch vor fünf Jahren wurde nach dem Aufruhr in Andishan der Ort „gereinigt“, wo der Führer der Aufständischen gewohnt hatte und „wo der verbrecherische Gedanke an den Angriff (auf die russischen Truppen) aufgekommen und gereift war“ [227]).

Neben dem Streben, dem Geächteten den Aufenthalt in der Gemeinde unmöglich zu machen, macht sich in der Zerstörung des Hauses wohl auch der Gesichtspunkt geltend, dass man sein Andenken gänzlich vernichten will [228]). An dem Orte, wo das niedergerissene Haus eines Ketzers gestanden, darf auf ewige Zeiten hin nicht gebaut werden [229]). Nach einigen italienischen Stadtrechten muss, was auf der verwüsteten Stelle aufgebaut worden, wiederum niedergerissen werden, auch wenn es im Besitz eines dritten Erwerbers ist [230]). Ein friesisches Rechtsbuch verordnet nicht nur, das Haus des bestochenen Asega abzubrennen, sondern auch auf dem gleichsam verfluchten Grund kein neues zu bauen und nachwachsendes Gras auszustechen [231]). Von der Stätte, wo die Wüstung vorgenommen war, darf nichts mitgenommen werden: alles soll der Vernichtung geweiht sein [232]).

Dieser Gesichtspunkt erhält sich bei den schwereren Verbrechen, die in späterer Zeit aber sämmtlich mit dem Tode bestraft werden, nicht aber bei den leichteren, wo daher die Wüstung sich auf die Vernichtung einiger Theile des Hauses beschränkt, ohne die dasselbe unbewohnbar wird: es wird die vordere und hintere Wand zerstört, das Dach abgetragen, der Giebel abgebrochen, das Thor verpfählt, der Brunnen mit

---

[227]) „Prawitelstwenij Westnik“ (Regierungsbote) 17./29. September 1898, Nr. 203.

[228]) Wilda S. 293.

[229]) Lea S. 482—483.

[230]) Kohler, Studien II, S. 67 (Parma; vgl. Achturkunde von Reggio a. 1315: Castrum . . . debeant comburi et totaliter devastari, ita quod nunquam habitetur in dictis locis per aliquam personam).

[231]) Grimm, S. 729 Anm. (II, 329).

[232]) His S. 176.

Erde zugedeckt, der Ofen eingeschlagen[233]). Fügt man hinzu, dass dem also Behandelten kein Feuer geliehen werden darf[234]), so fällt hierbei, wie Grimm bemerkt, „jedem die römische interdictio tecti, aquae et ignis ein“[235]), welche sich regelmässig an das criminelle Exilium anschloss[236]). Die Aehnlichkeit mit dem mittelalterlichen Brauche ist eine zu frappante, als dass man irgend einen Grund haben sollte, mit Mommsen die römische Interdiction aus der Ausweisung einzelner Ausländer, denen die Rückkehr in nachdrücklicher Weise verlegt werden sollte[237]), abzuleiten. Vielmehr müssen wir annehmen, dass auch in Rom die aquae et ignis interdictio ursprünglich einen Zusatz zum Niederreissen des Hauses gebildet, sich also ursprünglich wohl gerade ausschliesslich gegen Bürger, Gemeindegenossen gerichtet haben wird[238]).

In früheren Zeiten musste man einen Menschen dem Wind und Regen preisgeben, ihm das Zubereiten des Essens ver-

---

[233]) Grimm S. 729, 723—724, 529—530. Osenbrüggen, Alam. Strafrecht S. 62—63. — Aehnliche Gebräuche erhalten sich in Deutschland bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts (Grimm S. 724).

[234]) Vgl. Herod. VII, 231.

[235]) Grimm S. 530; gewöhnlich bloss aquae et ignis (wie bei Festus s. v. aqua et igni). — Ein deutsches Denkmal sagt aber, dass der Friedlose „keine Speise, keinen Trank als das Wasser“ habe (Sohm, Process der Lex Salica 1873, S. 189). — In Indien darf kein Kastengenosse dem Ausgestossenen Wasser reichen (Kohler, Gewohnheitsrechte der Prov. Bombay. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X, S. 176).

[236]) Mommsen S. 72 Anm. 2.

[237]) Ebend. S. 72, 622.

[238]) Auch in Bezug auf die spätere Zeit sagt Mommsen S. 623 Anm. 1: „Meistens richtet sich die Interdiction gegen frühere Bürger; zum Begriff aber gehört dies nicht.“ — Vgl. dagegen den deutschen Entw. des Stadtr. v. Freiburg i. B. a. 1275: „und ist er ein burger, so sol man ime sin hus, da er burger an ist, nidir slahen“ (Osenbrüggen a. a. O.). — Was nun das Verbot, Feuer zu leihen, betrifft, so richtete es sich in Griechenland bei der Atimie gegen Bürger (Herodot a. a. O.). — In Bezug auf das Auslöschen des Herdfeuers in Rom vgl. Fustel de Coulanges, La cité antique S. 235.

wehren, um einen für ihn unerträglichen Zustand hervorzurufen. Dem Culturmenschen der Jetztzeit ist aber auch eine ihn vor der Witterung vollkommen schützende, mit Wasserleitung und allen nöthigen Heizungsvorrichtungen versehene Wohnung so gut wie unbewohnbar, wenn sie — — leer ist. So lesen wir denn in einer Meldung aus London vom 23. Juli 1902: „Einem Officier der Leibgarde in Windsor wurden gestern von seinen Kameraden alle Möbel aus dem Fenster geworfen, weil er unbeliebt ist. Er musste auf dem blossen Fussboden schlafen. Dieses Verfahren soll bei der Gardecavallerie in Windsor üblich und bei demselben Officier schon einmal angewandt worden sein“ [239]).

Wird der Friedlose seiner eigenen Habe beraubt, so kann er andererseits auch bei den Genossen keine Zuflucht finden; denn Niemand darf ihn beherbergen, Niemand darf ihm Speise oder Trank reichen. Et si qui ei, sagt die Lex Salica in Bezug auf einen geächteten Leichenräuber, aut panem dederit aut hospitalitatem dederit, seu parentes seu uxor proxima sol. XV culp. iud. [240]). Die nordgermanischen Rechte bestrafen das Speisen, Hausen oder Hofen eines Geächteten mit Busse oder Friedlosigkeit [241]). Im slavischen Recht finden wir ebenfalls Verbote, einem Verbannten zu essen oder zu trinken zu geben, auf deren Uebertretung Busse gesetzt wird [242]). Bei den Griechen wurde das Aufnehmen eines Verbannten mit Todesstrafe be-

---

[239]) Frankfurter Zeitung 1902, Nr. 203, 3. Morgenbl.

[240]) L. Sal. 55, 2 (ed. Hessels S. 352). Vgl. l. Rib. 85, 2 (LL. V, S. 266); cap. Pipp. a. 754—755, c. 1 (ed. Bor. I, S. 31) und oben Bd. XVI S. 424.

[241]) Amira, Vollstreckungsverfahren S. 4—5; Nordgerm. Oblig. I, S. 142, II, S. 116. — Lehmann, Der Königsfriede der Nordgermanen 1886, S. 115. — Das friesische Recht ordnet Busse an (His S. 176). — Das mittelalterliche deutsche und französische verbietet das Hausen und Hegen unter Androhung von Geld- und anderen Strafen (Mayer, Verfassungsgesch. I, S. 198 ff.).

[242]) Zakon Winodolski § 12.

droht[243]). Wer in Rom einen Verbannten aufnahm, konnte von Jedermann straflos erschlagen werden[244]).

Der Friedlose, dem „jederlei Wohnung, die Hölle ausgenommen“[245]), versagt ist, muss seine Heimath verlassen. Seine Lage ist keine beneidenswerthe.

„Nichts gemeiner fürwahr und schlimmer, als welcher dem Zwange
Folgend fern von der Heimath ein flüchtiges Leben vollendet
Und ein Fremder bei Fremden rechtlos ein schmerzliches Joch zieht“[246]).

Nur selten gelingt es ihm, irgendwo Aufnahme zu finden, wo er dann als ein ἀτίμητος μετανάστης[247]) seine Tage verbringt. Sonst muss er „unstât und flüchtig“[247a]), „wie das dienstbar gemachte Reitthier (das nicht mehr in Herden gehen kann)“[248]) allein umherirren — „eine Beute für jeden kühnen Ritter, der ihn verkaufen oder irgendwo auf Waaren vertauschen kann“[249]). Denn nur die nahe Macht der Sippe, zu der der Einzelne gehört, vermag ihn vor dem Angriff feindlicher Leute zu schützen. Der Fremdling ist rechtlos. Aber zum Schutz des Fremden, der — wenn auch weit in der Ferne — irgendwo doch eine Heimath hat, entsteht allmählich das Institut der wechselseitigen Gastfreundschaft. Der Ausgestossene, der überall in gleicher Weise heimathlos ist, kann kein Entgelt bieten; und so übt denn dieser Umschwung keinen Einfluss auf seine trostlose Lage aus; im Wandel der Zeiten bleibt er rechtlos wie früher.

---

243) Hermann-Thalheim S. 121 Anm. 3.

244) Mommsen S. 936.

245) Grimm S. 39 (I, 57).

246) Oppian, cit. bei Schrader, Historisch-linguistische Forschungen zur Handelsgeschichte und Waarenkunde I, 1886, S. 7.

247) „Verachteter Hintersasse“ Il. IX, 648, XVI, 59.

247a) Mos. I, 4, 12, 14.

248) Aus einem bei Procksch S. 31 cit. alt-arab. Gedichte.

249) Schanaew, Sagen der kaukasischen Bergeinwohner, cit. bei Leontowitsch, Adaten II, Anhang, S. 345.

Die Recht- oder Friedlosigkeit ist ein ebenso wesentliches Moment der Acht, wie die Vertreibung, wie sich dies bei den germanischen Völkern in den Bezeichnungen des Geächteten als exlex, utloegher, outlaw, utlagatus, extra sermonem regis positus kundgiebt[250]). Si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit, lautet ein römisches Gesetz[251]). Im südlichen Alabama kündigte man Unruhestiftern, die fortgejagt wurden, zugleich an, dass ihr Tod unbeweint und ungerächt bleiben solle[252]). Und in gleicher Weise erfahren wir in Bezug auf die Dänen: Et tam verbis quam collisione armorum evidenter exprimitur, ut eum cuilibet cum armis invadere sit permissum[253]). Der Friedlose ist „kein zu vergeltender Mensch“; sein Leib ist, wie die norwegischen und isländischen Quellen sich ausdrücken, „unheilig“, d. h. schutzlos[254]); er ist „frei und erlaubt allen Leuten und Thieren, den Vögeln in den Lüften, den Fischen im Wasser, so dass Niemand gegen ihn einen Frevel begehen kann, dessen er büssen dürfe“[255]). Auf die Frage, wo der Thäter soll Frieden haben, der von dem Landrechte gethan ist, theilen die Schöffen: wo man ihn weder hört noch sieht[256]).

---

250) Grimm S. 732.

251) Festus s. v. sacer. Vgl. Dionysius II, 10: τὸν δὲ ἁλόντα τῷ βουλομένῳ κτείνειν ὅσιον ἦν; II, 74; V, 19, 20: τὸν δὲ παρὰ ταῦτά τι ποιεῖν ἐπιχειροῦντα νηποινὶ τεθνάναι; VI, 89: καὶ ὁ κτείνας . . . φόνου καθαρὸς ἔστω; VII, 17. Liv. III, 55: muniunt sanciendo novam legem, ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum ius fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur.

252) Waitz, Anthropologie III, S. 157.

253) Sunesen VII, 6, cit. bei Wilda S. 282.

254) Wilda S. 281 Anm. 8. Amira, Vollstreckungsverfahren S. 9 ff.; Nordgerm. Oblig. II, S. 116, I, S. 142.

255) Grimm S. 41; vgl. andere Formeln S. 39 ff.

256) Ebend. S. 731. — Bei den Friesen verleihen ihm auch die besonderen zeitlichen und örtlichen Frieden keinen Schutz (His S. 176).

VI.

Wie ist an Stelle der Friedlosigkeit die öffentliche Todesstrafe getreten?

Weit davon entfernt, diese Frage in ihrem ganzen Umfange zu erörtern, wollen wir hiervon nur zwei Punkte andeuten.

1. Die Möglichkeit des Ueberganges zur Todesstrafe war durch die Beseitigung des Hindernisses gegeben, das ihr früher im Wege gestanden. Es ist dies, wie oben erörtert, das innerhalb der Sippe herrschende Gefühl der Sympathie. Sobald nun und insofern als die Reaction gegen bestimmte Handlungen von der Sippe auf eine aus mehreren Sippen bestehende Gemeinschaft übergegangen war, schwächte sich dieses Hinderniss bedeutend ab. Da nun aber die Gemeinschaft ihre Entstehung der Nothwendigkeit einen gemeinsamen Feind abzuwehren verdankt, konnte noch auf eine lange Zeit hinaus das Einheitsbewusstsein in den Sippen nur nach aussen hin hervortreten. Daher musste das Ganze die Bestrafung solcher Verbrechen wie Verrath oder Ueberlauf bereits zu einer Zeit in seine Hände genommen haben, wo es noch Religionsverbrechen und Verwandtentödtung gleichgültig dem Walten der betreffenden Sippe überliess.

Zudem trägt auf diesem Gebiete die Todesstrafe am wenigsten den Charakter einer dem primitiven Menschen so verhassten Neuerung an sich. Gegen den in den feindlichen Reihen kämpfenden Ueberläufer richten sich die Geschosse seiner früheren Genossen natürlicherweise ebenso, wie gegen jeden anderen Feind [257]. Der Ueberlauf erscheint nun aber als Ausgangspunkt des politischen Verbrechens [258]. Und gleich dem Ueberläufer wird jeder Staatsverbrecher als Feind des

---

[257]) Vgl. l. 3, § 6 ad leg. Corn. (48, 8): Transfugas licet ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere.

[258]) Mommsen S. 537. Bei Tacitus (Germania c. 12) heisst es: proditores et transfugas (vgl. Bisoukides, Der Hochverrat, 1903, S. 35).

Vaterlandes bezeichnet[259]); er ist nicht mehr als Mitbürger zu behandeln[260]); man richtet ihn nicht hin, man rückt gleichsam gegen einen Feind vor[261]).

2. Die Nothwendigkeit, einen schuldhaften Genossen hinzurichten, konnte sich dem Bewusstsein der Menschen jener Zeit an verschiedenen Punkten zeigen. Ich habe bereits auf die Analogie in der Construction des Religionsverbrechens mit den gegen eine andere Sippe verübten Missethaten hingewiesen. Dem Compositionswesen entspricht die materielle Sühne einer Sünde; dem Ausstossen eines Friedensbrechers, bei welchem derselbe der Rache der Verletzten preisgegeben wird, das Ausstossen des Sünders, der nun der göttlichen Strafe anheimfällt; und in gleicher Weise würde der Auslieferung an die Menschen die Auslieferung an die Gottheit — der Opfertod, entsprechen[262]).

Meines Erachtens sind aber die ersten Anfänge der öffentlichen Todesstrafe nicht hier, sondern auf demselben Gebiete zu suchen, wo zuerst die Möglichkeit derselben vorhanden war.

Wenn auch die Ausstossung desjenigen, welcher die Interessen der Gesammtheit oder eines Mitglieds derselben verletzt hat, ihrem ursprünglichen Wesen nach nicht unter den Gesichtspunkt einer Einrichtung zum Schutze des betreffenden Interesses gebracht werden kann, so folgt hieraus keineswegs, dass das verletzte Gut nicht als solches erkannt ist.

---

[259]) L. 11 ad leg. Jul. maj. (48, 4): Perduellionis reus est hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus.

[260]) Liv. IV, 15: nec cum eo tanquam cum cive agendum fuisse.

[261]) Liv. II, 45: Edicunt inde . . . si quis iniussu pugnaverit, ut in hostem animadversuros. „Daher", fügt hinzu Ihering (Geist I, S. 257), dem ich das vorhergehende Citat entnehme, „bei Vollziehung des Todesurtheils das Trompetensignal."

[262]) Vgl. Makarewicz S. 140, 238 ff. — Post führt (Grundriss II, S. 388—389) Fälle an, in denen die des Incestes Schuldigen als Sühnopfer für die beleidigten Geister sterben müssen. — Im grossen Ganzen hängt aber der Opfertod vor Allem mit dem Hinopfern der Gefangenen zusammen.

Das Leben eines Genossen ist dem Einzelnen im Gegentheil ein grosses Gut; und die Ehrung der Götter achtet er noch höher. Doch erscheint begreiflicherweise in einer Zeit, wo der Einzelne alle seine materiellen und ideellen Güter nur durch das Vaterland besitzt und sie so lange besitzt, bis das Vaterland besteht, dasselbe seinem Bewusstsein als das höchste aller Güter, dem ein jeder alles aufzuopfern verpflichtet ist: amori rei publicae esse nihil proponendum[263]).

Das Vaterland, dieser antiquior parens quam is qui creavit[264]), war jedoch wohl durch die ethischen und religiösen Anschauungen[265]), nicht aber durch das Strafsystem geschützt. Die Ausstossung war eine schreckliche Strafe in jener Zeit, wo der Ausgestossene rechtlos, heimathlos sein Leben lang umherzuirren verurtheilt war. Doch der ausgestossene Verräther wurde in den meisten Fällen nicht rechtlos, nicht heimathlos: denn der verübte Verrath schuf ihm eine neue Heimath. So könnte sich hier die Unzulänglichkeit des Friedlosigkeitssystems zuerst offenbart haben.

Von der Grausamkeit des primitiven Rechts reden, heisst dessen Natur gänzlich verkennen. Grausam war das Leben jener Zeit, nicht aber das Recht — noch nicht. Haarsträubende Qualen und Martern kann die Anwendung eines Rechtssatzes hervorrufen, welche den Missethäter den Verletzten auszuliefern verordnet; aber das Recht hat an ihnen so gut wie keinen Antheil: mit nichten strebte dasselbe nach einer grausamen Ahndung der That; es war ihm im Gegentheil bei Weitem vorzüglicher, wenn die Verletzten sich damit begnügten, den sich in ihrer Gewalt Befindenden bloss seine That abarbeiten

---

[263]) Cit. bei L e i s t, Alt-arisches ius civile I, 1892, S. 352.

[264]) Ebend. S. 353. Plato, Κρίτων, 51 A: Ὅτι μητρός τε καὶ πατρὸς καὶ τῶν ἄλλων προγόνων ἀπάντων τιμιώτερόν ἐστιν ἡ πατρὶς καὶ σεμνότερον καὶ ἁγιώτερον.

[265]) Serv. Aen.: naturae legibus, quibus fas non est patriam prodere . . . sacrata resolvere iura. (L e i s t, Altarisches ius civile, I, S. 350. Vgl. ebend. S. 103; Alt-arisches ius gentium S. 531—532.)

zu lassen. Denn das älteste Recht verfolgte einzig und allein das Ziel der Friedenserhaltung und, um dasselbe zu erreichen, brauchte es nicht, konnte es nicht grausam sein. Erst allmählich beginnt es strafend einzugreifen und die Menschen von dem durch das Recht Missbilligten abhalten zu wollen. In dieser Periode nimmt denn auch das Recht unaufhaltsam an Grausamkeit zu[266]).

Unter den wenigen Handlungen, die das älteste Recht mit öffentlicher Todesstrafe bedroht, wird aber wohl kaum je der Verrath nicht zu verzeichnen sein. Ich beschränke mich auf wenige Beispiele[267]).

Bereits bei Tacitus lesen wir: proditores et transfugas arboribus suspendunt[268]). Bei den Alamannen wird die Todesstrafe (subsidiär mit Exil oder Loskaufung) bei Landesverrath[269]) und Mordanschlag gegen den Herzog[270]) angeordnet[271]). Das

---

[266]) In Bezug auf das griechische Recht vgl. Hermann-Thalheim S. 121—122. — In Bezug auf das Recht des deutschen Mittelalters verweise ich nur auf Schröder, Lehrbuch S. 762 und zur Exemplification auf die Abhandlung von W. Scheel, Das alte Bamberger Strafrecht vor der Bambergensis, 1903, der auf die verhältnissmässige Milde des Alt-Bamberger Rechts im Vergleich mit der Bambergensis hinweist. — Im russischen Recht ist bis auf Peter d. Gr. eine stetige Zunahme der Grausamkeit zu verfolgen. Besonders anschaulich tritt dies aber in den drei Redactionen des Littauischen Statuts hervor: so z. B. droht die zweite Redaction Todesstrafe drei Mal so oft als die erste, die dritte fünf Mal so oft als die erste an (Demtschenko, Die Strafe nach dem Lit. St. I, 1894, S. 194, 191 ff. russ.).

[267]) Im Uebrigen vgl. Makarewicz S. 258—269, wo Belege aus allen Welttheilen zu finden sind. Dazu Steinmetz II, S. 339; Kohler, Das Banturecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XV, S. 65, Das Recht der Betschuanen, ebend. S. 334, Das Recht der Hottentotten, ebend. S. 354; Z. XIV, S. 449.

[268]) Tac. Germ. c. 12· daneben nur: ignavos et imbelles et corpore infames caeno ac palude iniecta insuper crate mergunt.

[269]) L. Alam. 24 (ed. Lehmann S. 84—85).

[270]) Ebend. 23 (ebend.).

[271]) Ausserdem nur noch bei Friedensbruch im Heere: wer in exercitu litem commiserit ita ut . . . ibi pugna orta fuerit (25, 1 — ebend.).

Longobardenrecht ordnet die Todesstrafe in zahlreichen Fällen an; sieht man jedoch von den Fällen der Auslieferung zur Privatrache ab[272]), so fallen die übrigen Fälle, die wirklichen Fälle der öffentlichen Todesstrafe, insgesammt in das Gebiet der politischen Verbrechen[273]). Das Volksrecht der salischen Franken enthält keine Bestimmungen über den Verrath[274]); aus einem Capitular folgt jedoch das Vorhandensein auch bei den Franken der Todesstrafe für denselben[275]). Und in der Lex Baiuwariorum heisst es ausdrücklich, dass Todesstrafe gegenüber Freien nur für Mordanschlag gegen den Herzog und Landesverrath zulässig sei[276]).

---

[272]) Roth. 203: Todesstrafe für die Tödtung des Mannes; Roth. 211 Entführung einer fremden Ehefrau — ambo occidantur; auch 213, obgleich hier der Ausdruck „animae suae incunat periculum" vorkommt, da es sich mit Sicherheit annehmen lässt, dass der Ehebrecher und die ehebrecherische Frau den Tod vom Ehemanne erhielten (Osenbrüggen, Strafrecht der Longobarden 1863, S. 101).

[273]) Osenbrüggen S. 28. Es sind dies: Ed. Roth. 1 (Hochverrath), 3 (Landesflucht), 4 (Landesverrath), 6 (Aufstand), 7 (Heerflucht). — LL. IV, S. 13; Rachis 12 (Spionage), 13 (Hereinlassen Fremder, die fraudulenter veniant). — Ebend. S. 191—192.

[274]) Die in den älteren Texten der L. Sal. angedrohte Todesstrafe bezieht sich zum Theil auf Unfreie und Hörige (13, 7; ed. Hessels S. 73; 40, 5; ebend. 235; 50, 4 und 51, 2; ebend. 325) oder auf Privatrache (19, 1; ebend. cod. 2, S. 110; der Feuertod wird hier „nur eventuell angedroht, nämlich bei Insolvenz, also in dem Falle, in welchem der Schuldige nach salischem Rechte dem Verletzten übergeben wird". Brunner II, S. 471 N. 19.)

[275]) Im Ed. Pist. a. 864, c. 25 (ed. Bor. II, S. 321) heisst es, dass nunmehr, wer den Normannen Pferde oder Waffen verkauft, sicut proditor patriae et expositor christianitatis ad perditionem gentilitati sine ulla retractione vel redemptione de vita componat. — Desgl. für herisliz (Brunner II, S. 215—216). — Todesstrafe für Hochverrat in der L. Rib. 69, 1 (LL. V, S. 258). — Vgl. auch Bisoukides, S. 44.

[276]) L. Baiuw. II, 1 (LL. III, S. 282): Ut nullus liber Baiuvarius alodem aut vitam sine capitale crimine perdat, id est si in necem ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit, aut civitatem capere ab extraneis machinaverit, et exinde probatus fuerit.

Gewinnen auch die Lebensstrafen in der carolingischen Periode überhaupt an Ausdehnung[277]), so darf andererseits nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die meisten Todesstrafen im westgothischen und burgundischen Gesetzbuch finden, auf die das römische Recht mehr Einfluss hatte[278]). Ebenso stellen die diesbezüglichen Bestimmungen des Gesetzbuchs des Zaren Stephan Duschan — des einzigen slavischen Gesetzbuchs aus ältester Zeit, das einen ausgiebigeren Gebrauch von der Todesstrafe macht — unverkennbar eine Entlehnung aus dem byzantinischen Recht dar, indem sie sich häufig als eine wortgetreue Uebersetzung aus dem Prochiron erweisen, ja sogar ausdrücklich auf byzantinische weltliche und geistliche Gesetze verweisen[279]).

Bei den anderen slavischen Völkerschaften wird die Todesstrafe fast ausschliesslich für Verrath erwähnt. Das älteste geschriebene polnische Rechtsdenkmal kennt die Todesstrafe nur für Verrath[280]). Es ist dies nämlich der einzige Fall, in welchem die Todesstrafe vom ältesten montenegrischen Gesetzbuch angeordnet und thatsächlich auch vollzogen wurde[281]).

Die von mir vertheidigte Ansicht in Bezug auf das Alter des Verraths als Capitalverbrechen steht in geradem Gegensatz zu der in der russischen Geschichtsforschung herrschenden Meinung, dass das Staatsverbrechen überhaupt erst verhältnissmässig spät den strafwürdigen Handlungen angereiht wurde. Ich glaube, so richtig auch diese Behauptung im Allgemeinen

---

277) Brunner II, S. 600.

278) Grimm S. 739 Anm.

279) Sigel S. 99—100. Mit Recht spricht Sigel die Vermuthung aus, dass das persönliche Strafsystem wohl nicht tief in das serbische Volk eingedrungen sein wird und sich nur durch die Herrschergewalt erhielt. Vgl. auch Miklosich S. 150.

280) Winawer S. 167, 188, 200.

281) Zakonik § 1; daneben noch für Todtschlag in § 2, thatsächlich aber herrschte Blutrache.

ist, in Bezug auf Verrath[282]) ist sie nicht zutreffend. Freilich liegen, was den Hochverrath anbetrifft, die Verhältnisse hier im Wesentlichen anders als in Westeuropa. Der Hochverrath ist ja vom Landesverrath, der aus dem Verrath an den eigenen Sippengenossen hervorgegangen ist, gänzlich verschieden. Seine Behandlung kommt aber derjenigen des Landesverraths nicht nur darum so nahe, dass der Herrscher eine bedeutende Macht in den Händen hat, sondern vor Allem, weil er, fest mit seinem Lande verwachsen, zum Symbol der Würde des Landes und des gesammten Volkes wird. In Alt-Russland konnte letzteres nicht der Fall sein. Das sogen. Haus Rurik, dessen Mitglieder im Laufe des 9.—11. Jahrhunderts sich über ganz Russland ausgebreitet hatten, stand dem Volke fremd gegenüber und blieb es auch so lange, bis allmählich einzelne Zweige sich in den verschiedenen Territorien niederzulassen begannen. Daher wechselte denn das Volk so leicht seine Fürsten, verliess sie in der Noth, berief einen neuen Fürsten und „zeigte den Weg“ dem alten. Und Volk und Fürst betrachteten diese Handlungsweise als vollständig rechtmässig[283]), und wenn ein vertriebener Fürst sich später der Stadt wieder bemächtigt und seine alten Wiedersacher hinrichten lässt[284]), so tragen solche Ereignisse den nicht zu verkennenden Charakter von persönlichen Rachethaten. In gleicher Weise war man aber auch in jenen Fällen sich der Rechtswidrigkeit des Vorganges nicht bewusst, wo ein Theil des Volkes mit dem vom anderen Theil unterstützten Fürsten in Kampf tritt. Diese Parteikämpfe, die deutliche Spuren alter Fehden zwischen den Sippen und Gemeinden an sich tragen[285]), sind ebenso-

---

[282]) Und Nichttheilnehmen an dem vom Volke beschlossenen Kriegszug: Ipat. Chron. a. 1151. — Vgl. Liv. X, 38, 3: dilectu per omne Samnium habito nova lege, ut, qui iuniorum non convenisset . . ., caput Jovi sacraretur.

[283]) Ssergejewitsch, Russ. Rechtsalt. II, S. 74 u. 9 ff.

[284]) Lawr. Chron. a. 1069.

[285]) In den ausführlicheren jüngeren Chroniken Nowgorods heisst

wenig unter den Begriff des Aufstandes zu bringen, wie der Kampfeszug der Verwandten der getödteten Freier gegen Odysseus [286]).

Wir müssen uns denn an die wenigen Nachrichten von Fällen des Verraths, die der Einzelne an der Gesammtheit verübt hat, halten; und wenn wir dieselben herausheben, so finden wir in ihnen überall die Todesstrafe. Hier einige Beispiele: Im Jahre 1167 tödten die Nowgoroder den Possadnik Zachary und noch zwei andere Bürger, weil man sie der verrätherischen Beziehungen zum Fürsten Swjatoslaw verdächtigte, mit dem die Nowgoroder damals Krieg führten. Im Jahre 1194 werden einige von den Nowgorodern getödtet, die aus dem unglücklichen Zuge gegen das jugrische Land zurückkehrten, da sie ihre Genossen durch Verrath umgebracht hätten. Unter dem Jahre 1316 schreibt der Chronist: „Noch bevor der Fürst Michail zur Stadt (Nowgorod) herangerückt war, ergriff man den Ignat Bjesk (einen Nowgoroder) und schlug ihn in der Volksversammlung und stürzte ihn von der Brücke in den Wolchow: denn man beschuldigte ihn der verrätherischen Beziehungen zu Michail; Gott weiss jedoch, ob es wahr ist.“ Im Jahre 1348 werden auf einem Kriegszuge gegen die Deutschen nach einem über dieselben erfochtenen Siege Verräther — wie es scheint Ueberläufer — ge-

---

es öfters ausdrücklich, dass auf der einen Seite die einen Stadtviertel (konzy), auf der anderen die anderen stehen (vgl. Ssergejewitsch II, S. 66 ff.; Kostomarow II, S. 107, 112, 114 ff.; Bjeljaew, Erzählungen aus der russischen Geschichte II, 1866, russ.). Ja zuweilen stehen die beiden „Seiten“ der Stadt — ihre Theile an den beiden Ufern des Wolchow — einander feindlich gegenüber, wie 1157, wo auf Seiten des Fürsten Mstislaw die Torgowaja Storona, gegen ihn die Sophiewskaja steht, oder aber es gehen die Streitigkeiten zwischen einzelnen Stadtvierteln und Strassen in einen derartigen Kampf über (vgl. Kostomarow S. 115), wie ja die Brücke über den Wolchow in den Berichten der Chronisten und in den Epen den Hauptschauplatz der Nowgoroder „Parteikämpfe“ bildet.

[286]) Od. XXIV, 421 ff.

hängt[287]). Das Pskower Gesetzbuch (1397—1467) bestimmt ausdrücklich: „Einen Kirchendieb[288]) und einen Pferdedieb und einen Verräther und einen Brandstifter lasse man nicht am Leben“[289]). Aber auch bereits in einem Vertrag aus dem 12. Jahrhundert heisst es: „Wenn ein Fürst Verrath übt, so verliere er sein Land, ein Mann — das Haupt“[290]).

Ich habe so scharf wie möglich, und wie es zugleich die Thatsachen erfordern, die Scheidelinie gezogen zwischen dem, was innerhalb der Sippe und zwischen den Sippen vorgeht.

Zwei von einander ganz unabhängige und einander gänzlich verschiedene Quellen sind es, aus denen das Strafrecht entspringt: die eine — die der Sympathie zum „Seinigen“, die andere — des Hasses zum „Fremden“.

Aber in dieser Vielheit liegt Einheit. In einem Punkte weisen die beiden Wege eine vollkommene Uebereinstimmung auf: es ist dies die Ursache, welche in beiden Fällen in die betreffende Handlungsweise strafrechtliche Ideen hineinbringt. Diese Ursache ist die Nothwendigkeit, mit vereinten Kräften dem gemeinsamen Feind Trotz zu bieten. Sie ist es, die die Gemeinde zwingt, das Blut ihres Mitgliedes — des Fleisches von ihrem Fleische — zu vergiessen; sie ist es, die die Sippe nöthigt, den Frieden mit den Verbündeten über das Wohl eines Einzelnen zu setzen und den Friedensbrecher seinem grausen Geschick zu überlassen, ja vielleicht sogar ihn in die Hände seiner Feinde zu überliefern.

---

287) Erste Nowg. Chron. a. 1167, 1194, 1316, 1348 Vgl. ebend. a. 1241, 1401. Nur 1194 wird ein Theil der des Verrats Beschuldigten gegen Busse am Leben gelassen; es handelt sich hier jedoch um einen blossen Verdacht („Gott weiss es“). Wenn 1398 nur wenige von den Verräthern hingerichtet werden, so sind es überhaupt keine Nowgoroder: es betrifft hier den Abfall des Dwinalandes von Nowgorod an den Grossfürsten von Moskau.

288) „Krimskomu tatju“ — die Deutung ist bestritten.

289) Pskow. Ges. § 7. Daneben noch für dritten Diebstahl (§ 8).

290) Ipat. Chron. a. 1177.

Es lässt sich nicht leugnen, dass hierdurch die ethischen Gefühle an Tiefe einbüssen. Doch dieser Verlust wird durch den Gewinn an Breite ausgeglichen. Nicht diese Seite interessirt uns aber augenblicklich: ohne jegliches Moralisiren wollen wir nur feststellen, dass erst durch den bezeichneten Vorgang die Grundlage für das Strafrecht als ein System des Interessenschutzes gelegt worden ist. Es gilt denn auch hier jenes Heraklitische Wort: πόλεμος πατὴρ πάντων.

II.

Aechtungs- und Schmähungsklausel im polnischen Obligationenrechte des Mittelalters.

Von

Dr. S. Rundstein in Berlin.

Das Mittelalter kennt im Allgemeinen die Bekräftigung und Befestigung der Verträge durch Verpfändung der Ehre: dem Gläubiger wird im Falle der Nichterfüllung das Recht gegeben, den säumigen Schuldner zu schelten und zu schmähen, Schmähschriften bezw. Schandbilder (jus picturae contumeliosae) zu verbreiten. Diese mit der mittelalterlichen Weltanschauung eng verknüpfte Sitte war im ganzen Westen gut bekannt und eingebürgert [1]).

Auf die Verbreitung dieser Sitte in Böhmen haben schon Maciejowski und Sickel aufmerksam gemacht [2]). Fast gleichzeitig mit Sickel hat Brandl in seinem „Glossarium illustrans bohemico-moravicae historiae fontes (Brünn 1876)" die Schmähungsklausel (lhář o penize) ausführlich beschrieben [3]). Es ent-

---

[1]) Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz 1883, S. 62, 63. Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht 1876, S. 518—520.

[2]) Maciejowski, Slavische Rechtsgeschichte Bd. V, 1865, S. 396. Sickel, Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland 1876, S. 29.

[3]) S. 119, 120.

ging aber diesen Forschern das Bestehen derselben Sitte in Polen, wo sie, freilich von der böhmischen in manchem abweichend, sich entwickelte und bis 1522 bestand[4]. Die Lebensfähigkeit des „Schelmenscheltens“ in Polen war ziemlich schwach: die Sitte kommt selten vor und kann in den Quellen nur sporadisch festgestellt werden. Wahrscheinlich wurde sie von Deutschland aus — vielleicht durch Vermittelung Böhmens — recipirt.

Die Schmähungsklausel im polnischen Obligationenrechte des Mittelalters fand bis zur letzten Zeit keine gebührende Bearbeitung. Selbst Maciejowski, der diese Sitte in Böhmen ausführlich beschreibt, weiss uns sehr wenig von Schelmenschelten in Polen zu erzählen. Er führt nur das Verbot Kasimirs des Grossen, der das Schmähen wegen Spielschulden unter Strafe stellte, an:

> XLVII. Stat. visl. . . . decernimus, ut deinceps nullus terrigena noster cum alienigena, cuiuscunque status aut condicionis existat, in nostro regno ludet taxillos ad prestanciam, sed tantummodo pecunia pro parata . . . Si qui vero, spernens hoc statutum, pro pecunia sic evicta acriter monuerit suum debitorem, cum verbis turpibus, vel eius fideiussorem, quocienscunque maledixerit vel improperaverit pro debito prelibato, tociens illi pro sua verecundia penam, pięćnadziescie[5] que dicitur, solvat, et nostro iudicio nihilominus aliam similem penam pro inobediencia assignabit.

Vgl. auch XCIV der Extravaganten.

---

[4] Sickel führt als Beispiel des Bestehens der Schmähungsklausel in Polen die Notiz bei Rzyszczewski et Muczkowski: Codex diplomaticus Poloniae V. I, Nr. 186. Cf. S. 29 Anm. 106. Die polnischen Rechtshistoriker haben dieser Bemerkung nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt.

[5] penam pięćnadziescie = poena quindecim, eine Geldstrafe, ungefähr drei damaligen polnischen Marken (grzywny) gleich.

Diese Bestimmungen aber betreffen ausschliesslich Spielschulden und haben Bedeutung nur als jus singulare: falsch hat man sie als generelle Verbote aufgefasst [6]) und demgemäss das Bestehen der Schmähungsklausel in Polen verneint.

Die mittelalterlichen Gerichtsacten und Formelbücher beweisen, dass diese Verneinung grundfalsch ist. Es haben zuletzt Prof. Balzer (Lemberg) und Prof. Estreicher (Krakau) [7]) der Meinung Ausdruck gegeben, dass die Ehrenklausel auch in Polen bekannt war und führten dafür überzeugende Belege an. Die endgültige Bearbeitung fand diese interessante Frage in einer Monographie, die vor kurzer Zeit in Lemberg erschienen ist; der Verfasser, Herr Dr. Dąbkowski, bespricht ausführlich: „die Befestigung der Verträge unter Schmähungsandrohung im polnischen Rechte des Mittelalters“ [8]). Die Resultate dieser Forschungen, die für die Rechtsvergleichung nicht ohne Interesse sind, wollen wir im Folgenden mittheilen.

Das Schmähen (in polnischen Quellen unter Namen: vituperare, increpare, infamare, diffamare, maledicere bekannt) und die Schmähbriefe (litterae informatoriae, infames, libelli famosi, diffamatorii, criminosi) kommen hauptsächlich bei Verträgen zwischen Edelleuten vor. Auch die höchsten Beamten des Reiches, wenn sie unter einander oder sogar mit Privatleuten contrahiren, fügen sich der Aechtungsklausel. Selbst der König, ganz gleich, ob er als Bürge, Schuldner oder Gläubiger erscheint, kann den Vertrag mit Schmähungsandrohung bekräftigen. Die Quellen berichten sogar, dass der König der Schmähung seitens eines einfachen Bürgers, dem er Geld schuldet, unterliegen kann [9]). Kasimir Jagiellonczyk leiht sehr

[6]) So Maciejowski, loc. cit. Bd. V, S. 396. Vgl. auch Hube, Die Gesetzgebung Kasimir's des Grossen, Warschau 1881 (polnisch), S. 127, 128.

[7]) Vgl. Estreicher, „Anfänge des Vertragsrechtes“ in Abhandlungen der Krakauer Akademie der Wissenschaften, Historisch-philosophische Classe, S. II, Bd. XVI (XLI), 1902, S. 312—313 (polnisch).

[8]) Dr. Przemyslaw Dąbkowski, Outwierdzeniu umów pod grozą ljanià w prawie polskiem średniowiecznem. Lwów 1903.

[9]) Dąbkowski, loc. cit. S. 27.

oft bei seinen Würdeträgern Geld und giebt ihnen das Recht, ihn im Falle der Nichterfüllung zu schelten. So lesen wir in einer Schuldurkunde dieses Königs:

„. . . nos monendi, vituperandi, increpandi largimur et concedimus facultatem et contra premissa nichil facere aut attemptare debemus, neque volumus; si vero erga premissa aliquid contradiceremus, illa honorem nostrum regium prorsus faciendo intemptaremus“ [10]).

Auch kommt diese Sitte bei völkerrechtlichen Verträgen vor: dem Staate (corona regni Poloniae) steht dann das Schelterecht zu; es wird vom Könige oder von dazu Bevollmächtigten ausgeübt („quos ad hoc praedicti dominus rex et corona sua duxerit nominandos et deputandos“).

Auch wenn ein Geistlicher von einem Edelmanne Geld zu fordern hat — kann er das Darlehen mit Schmähungsklausel bekräftigen. Die Professoren, die damals hauptsächlich dem geistlichen Stande angehörten, machen (wie es aus den Acten der Krakauer Universität zu ersehen ist) aus dem Schmähungsrechte einen ausgiebigen Gebrauch. Auch den Studenten gegenüber konnte die Klausel geltend gemacht werden.

Dem Bürger- und Bauernstande war die Schmähungsklausel nicht in vollem Umfange zugänglich: d. h. sie dürfen sich nicht unter Androhung der Aechtung und Ehrenpfändung verpflichten, obgleich sie den Edelleuten gegenüber das Schelterecht ausüben konnten. Sie dürfen also schelten (actives Recht), doch passiv steht ihnen das Recht nicht zu, sich unter Androhung des Ehrverlustes verpflichten zu können, da die „Ehre“ — im mittelalterlichen Sinne des Wortes — diesen Ständen nicht eigen ist. Demgemäss kann ein Edelmann ausmachen, dass er einem Bürger oder Bauern unter Schmähungsandrohung

---

[10]) Libri formularum saeculi XVmi edidit Boleslaus Ulanowski, Cracoviae 1888 (Monumenta Juris Polonici Vol. X, 1), Nr. 184, p. 94.

Geld schulden wird — im Gegentheil aber kann ein Bauer oder Bürger seine Ehre nicht verpfänden. Diese Praxis steht in enger Verbindung mit mittelalterlicher Weltanschauung [11]).

Den Juden stand weder das passive, noch das active Schelterecht zur Verfügung [12]).

Den Weibern stand dieses Recht zu. Die Frau, als Gläubiger, konnte den säumigen Schuldner schelten [13]). Ob sie, als Schuldnerin, selbst geschmäht werden konnte, ist aus den Quellen nicht zu entnehmen. Dąbkowski ist der Ansicht, dass in Polen auch die Frauen in solcher Art und Weise sich verpflichten durften. Ein fester Anhaltspunkt fehlt aber [14]).

Bei Mehrheit der Gläubiger konnten sie alle den Schuldner schelten. Bei Mehrheit der Schuldner konnte die Untheilbarkeit ausgemacht werden (obligatio manu solida, coniuncta et indivisa) und dann mussten sie alle zusammen geschmäht werden; doch kommt es vor, dass der Gläubiger sich das Recht verbürgt, jeden Einzelnen „pro toto, tanquam pro debito proprio“ in seiner Ehre kränken zu können. Eine ständige Praxis hat sich nicht ausgebildet.

Zwischen den Bürgen und eigentlichen Schuldnern machen die Quellen — was die Ausübung des Schelterechtes betrifft —

---

[11]) Ein Beispiel, wo ein Beamter seine Ehre einer Bürgersfrau verpfändet, s. Nr. 2978 der Stadt- und Landesacten aus dem Lemberger Archiv Vol. XII (Lemberg 1887).

[12]) Anders in Deutschland, vgl. Stobbe, Mittheilungen aus Breslauer Signaturbüchern (in der Zeitschrift des Vereins für Geschichte und Alterthum Schlesiens VII. Bd., II. Heft, 1866, S. 360, Nr. CXXXIII a. 1428).

[13]) Stadt- und Landesacten XII, Nr. 2978: „Si Petrus (Vexillifer Halicensis) predicta non adverteret vel eius successores, extunc Agnes (civissa Leopoliensis) ac eius successores potens erit ipsum vituperare, increpare et diversis modis dehonestare in locis omnibus et coram diverso vulgo . . .“

[14]) Dąbkowski S. 24. Anders im böhmischen Rechte. Vgl. Brandl S. 119: „Die masslosen Worte im Eingange des Scheltebriefes waren Ursache, dass Frauen von diesem Rechtsbrauche abstehen mussten.“

keinen Unterschied. So lesen wir in der schon angeführten Bestimmung der Kasimir'schen Statuten:

„nec ad aliquam solucionem seu ad satisfaccionem victus victori tenebitur, nec fideiussor datus ipsi vincenti poterit de debito ammoneri."

Die Schmähungsklausel ist — wenn eine besondere Vereinbarung feststeht — vererblich, sowohl auf Seite des Gläubigers, wie des Schuldners[15]).

Es kann aber ausgemacht werden, dass sie nur auf Seite des Gläubigers vererblich sein wird[16]).

Der Uebergang des Rechtes kann auch mittels Cession geschehen. Dann steht das Schelterecht Jedem, der die betreffende Urkunde besitzt, zu (qui praesentes nostras litteras obtinebit). Dies musste aber besonders ausgemacht werden:

„cui etiam pro rehabendis et repetendis eisdem omnibus a nobis ipsi et aliis, qui praesentum nostram de voluntate ipsius habuerint litteram, nos monendi, vituperandi, increpandi largimur facultatem"[17]).

Wir haben also mit einer interessanten Art einer Orderklausel sui generis zu thun.

Jedenfalls aber musste das Schelterecht selbst besonders vereinbart werden; es kann als ein accessorischer Vertrag, der nur dann ins Leben tritt, wenn die Erfüllung des Hauptvertrages ausgeblieben ist, construirt werden. Die Höhe der geschuldeten Summe, die Natur der Leistung spielen dabei keine Rolle. In böhmischem Rechte konnte das Schelmenschelten nur dann Platz greifen, wenn ein Bürge die Obstagialsicherung nicht leisten wollte, oder wenn der Schuldner beim Eingehen

---

[15]) Vgl. die in Anmerkung 13 angeführte Urkunde: „Si Petrus . . . vel eius successores — extunc Agnes . . . ac eius successores."

[16]) Vgl. Caro, Liber cancellariae Stanislai Ciolek. Ein Formelbuch der polnischen Königskanzlei aus der Zeit der Hussitischen Bewegung, Wien 1871, Nr. 86.

[17]) Libri formularum saeculi XV, Nr. 184.

des Vertrags keinen Bürgen gestellt hatte[18]). Das polnische Recht kennt derart Beschränkungen nicht[19]).

Die Form der Schmähung ist entweder schriftlich oder mündlich. Die polnische mittelalterliche Praxis kennt die Anwendung der Schandbilder (jus picturae contumeliosae, famosae) nicht — bis jetzt mindestens hat man für Bestehen dieser Form keine schlagenden Beweise erbracht. Freilich sprechen die Quellen von „increpaciones verbales, litterales aut qualescunque". Vielleicht werden unter dieser dritten Rubrik die Schandbilder gemeint.

Die Wahl zwischen schriftlicher und mündlicher Form ist dem Gläubiger überlassen (iuxta beneplacitum suum ammonere habebit). Manchmal kann er beide Formen zusammen verbinden; ziemlich selten kommt es vor, dass nur die verbale Form zugelassen ist. Die schriftliche Form als stärkere gab immer Befugniss zur mündlichen Schmähung[20]).

Wie die Schmähbriefe verfasst waren, darüber schweigen die Quellen. Auch die polnischen Formelbücher wissen uns nichts Näheres davon zu erzählen. Vielleicht wird es den späteren Forschungen gelingen, in den bisher nicht veröffentlichten Materialien zur Rechtsgeschichte Polens das Muster eines Schmähbriefes ausfindig zu machen[21]).

Die Ausübung des Schelterechtes konnte nur im Falle der Nichterfüllung Platz greifen. Fahrlässigkeit des Schuldners ist kein Ausschlussgrund. So z. B. unterwirft sich der König Kasimir (Schuldurkunde aus dem Jahre 1460) der Schmähung:

---

[18]) Brandl, loc. cit.

[19]) Ueber die Abschaffung des Einlagers in Polen vgl. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz 1883, S. 70, Anm. 5.

[20]) Dąbkowski, loc. cit. S. 34.

[21]) In böhmischen Rechtsquellen siehe eine Schmähungsformel im Towaczower Rechtsbuche Cap. 173. Ein Gegenstück der Schmähbriefe sind sogen. litterae famae, die einen guten Ruf der betreffenden Person bestätigen sollen. Diese werden in polnischen Quellen öfters erwähnt und angeführt.

„in casu, quo ipsos sive per negligenciam, sive per incuriam nostram non liberaverimus de fideiussoria praefata."

Die Schmähung selbst konnte ohne besondere Mahnung erfolgen. Manchmal wird die Mahnung mit der Schmähung schlechthin verbunden (ammonere et increpare). Es konnte aber ausgemacht werden, dass die Ausübung des Schelterechtes nur nach einer besonderen Androhung erfolgen kann: die Regel „dies interpellat pro homine" fand in diesem Falle keine Anwendung. Die Mahnung (monicio) konnte mündlich oder schriftlich sein; jedenfalls musste sie vor der Schmähung erfolgen. Die polnische Formelsammlung aus dem 15. Jahrhundert hat ein Muster solcher Mahnung bewahrt. Wir führen es hier an:

„Sequitur monicio. Premissis (przepyssane) serviciis ubilibet (na wszech mesczech) promptis, vos dominum Stanislaum moneo (napominam) seriosius (przycrze) et requiro (prosszę), ut mihi iuxta promissum sine ulteriori (prze dalszego) dilacione una cum genitore vestro carissimo ipsum ad hoc meorum serviciorum ob respectum tenentes et informantes illud, quod littere vestre et promissa vestra sonant et affirmant, teneatis. Alioquin licet invitus deo teste urgente necessitate (ucziskaiócz) aliter, quam diligetis, coram omni homine de vobis querulari et loqui me oportebit . . ." [22]).

Nur wenn die Mahnung erfolglos blieb, konnte die Schmähung stattfinden und dauerte so lange, bis der Schuldner sich seiner Verbindlichkeit nicht entledigt hat [23]).

---

[22]) Libri formularum s. XV, Nr. 127, S. 64. Die Worte in Klammern stellen die polnische Uebersetzung dar.

[23]) Caro, loc. cit. Nr. 86: „donec summam predictam argenti aut pecuniarum predictarum et dampna, si que in nostrum gravamen ut prefertur commissa fuerint, totaliter persolvamus."

Der Gläubiger konnte den Schuldner schelten „ubi fuerit oportunum“ [24]). Die Schmähbriefe konnten überall angeheftet werden, meistens an den Stadtmauern oder Kirchenthüren, manchmal am Hause des Schuldners.

Die Ausübung des Schelterechtes wurde, wie gesagt, dem Gläubiger vollständig überlassen. Hiermit unterscheidet sich das polnische Recht von dem böhmischen, wo die Schmähung nur an bestimmte Worte angeknüpft sein musste: der Gläubiger durfte dem Schuldner nur die Lüge vorwerfen („du hast des Geldes wegen gelogen“). Der Gebrauch anderer Worte war nicht erlaubt und konnte bestraft werden [25]). Das polnische Recht kennt derart Beschränkungen nicht. Nur eine Schmähung, welche auf keiner vorangehenden Vereinbarung begründet war, ist unzulässig. Die „aussercontractliche“ Schmähung ist sogar strafbar [26]). Schon im Jahre 1455 wurde sie im Petrikauer Statute verboten.

Da die Schmähungsklausel dem Gläubiger das Recht gab, den Schuldner in seiner Ehre zu kränken, so durfte er sich gegen die Angriffe des Gläubigers nicht wehren. Alle Einwände, alle die Schmähung ausschliessenden Nothwehrmittel waren streng verpönt:

> „nec manu nec verbo aliquo nichil in premissis facere habet. Si autem aliquid ad premissa faceret, hec esset contra honorem eius et fidem cristianam“ Nr. 1544 der Stadt- und Landesacten XII).

Die Folgen der Nichterfüllung waren — falls eine Schmähungsklausel vereinbart war — für den Schuldner ziemlich schwerwiegend [27]). Ein Edelmann, der seine Ehre nicht

---

[24]) Stadt- und Landesacten V. XII: „in locis omnibus“, coram diverso vulgo“, Nr. 2978. Die Beamten werden in der Anwesenheit ihresgleichen gescholten „coram universis dominis“, Nr. 1544, 1561 loc. eod.

[25]) Sickel, loc. cit. S. 32.

[26]) Vgl. auch in deutschem Rechte Löning, a. a. O. S. 516.

[27]) Der Ehrverlust erfolgte ipso jure. Anders in Böhmen, wo noch die Sitte des „Verrufens der Bürgen“ (vyvoláni rukojmi) bestand. „Wenn

vertheidigen kann und nicht vertheidigen darf, galt als „fidefragus“: seinen guten Namen hat er verloren.

Demgemäss galt die Schmähungsklausel als ein wirksames Mittel der Privatexecution. Sie wurde nur dann gebraucht, wenn alle anderen vereinbarten Executionsmittel erfolglos blieben. „Et si nec ius, nec intromissionem in villam, nec solutionem facere curaret, tandem Stanislaus facultatem habebit Johannem increpare.“

Selten kommt sie in Verbindung mit Einlagerklausel zum Vorschein. Im Allgemeinen kann man sagen, dass sie in Hinsicht auf die für den Schuldner ungünstigen Folgen der möglichen Nichterfüllung nur als ultimum remedium gebraucht wird: so hat Dąbkowski festgestellt, dass sie in der Zeit vom Jahre 1398 bis 1522 nur 55mal vorgekommen ist[28]).

Diese Erscheinung steht mit dem charakteristischen Zuge des polnischen Rechtes in Verbindung: das System der Strafen an der Ehre hat sich in Polen nie so entwickeln können wie in Deutschland z. B. Daraus folgt, dass auch die Verpfändung der Ehre nur als sporadisches, ungewöhnliches Bekräftigungsmittel vorkommen kann. Es finden sich freilich oft in den Quellen Verträge, die „sub fide et honore“ geschlossen werden. Doch diese gewöhnliche Berufung auf Treu und Glauben ist keinesfalls einer Vereinbarung der Schmähungsklausel gleichzustellen. Hier konnte die Nichterfüllung nur eine mittelbare Reaction gegen den Treubrüchigen hervorrufen: wo aber die Schmähungsklausel vereinbart war, erfolgte der Ehrverlust

---

nämlich der Bürge das Einlager nicht leistete und auch an die Schelte sich nicht kehrte, so hatte der Gläubiger das Recht, einen solchen Bürgen auszurufen, welcher Ausruf darin gipfelte, dass er ihn seines Siegels, d. i. Wappens, verlustig erklärte, indem dieses beim Gläubiger versetzt ist.“ Brandl, loc. cit. S. 375 u. S. 376: „Wer auf diese Weise ausgerufen wurde, wird ehrlos, durfte sein Wappen nicht mehr gebrauchen, keine Zeugenschaft abgeben und wurde allerseits gemieden.“ Das Verrufen wurde mit einer besonderen entehrenden Procedur verknüpft.

[28]) loc. cit. S. 60.

durch ausdrückliche und unmittelbare Erklärung der Ehrlosigkeit des Schuldners. Die Verträge „sub fide et honore“, „sub verbo honorario“, „sub nobilitate“ geben dem Gläubiger keine ausserordentlichen Befugnisse: er kann den säumigen Schuldner ex hoc titulo nie schelten, denn die Schmähung musste immer auf einer vorangehenden ausdrücklichen Vertragsbestimmung begründet werden. Und indem die mit Schmähungsklausel bekräftigten Verträge nur unter Edelleuten vorkommen oder nur gegen Edelleute gerichtet werden können, wird die gewöhnliche Klausel „sub fide et honore“ auch unter Bürgern und Juden sehr oft gebraucht[29]).

Es kann sein, dass die Schmähungsklausel in Polen nur ein recipirter Rechtsbrauch, der sich im Rechtsleben des Ritterstandes eingebürgert hat, war. Schon die angeführte Bestimmung in Statuten Kasimirs des Grossen spricht von Ausländern, die mit polnischen Edelleuten Würfel spielen und dann unter Androhung des Schelterechtes ihr Geld fordern[30]). Jedenfalls aber steht es fest, dass diese Sitte in Polen keine Wurzeln gefasst hat: die Gerichtsacten und Diplomatarien erwähnen sie ziemlich selten; nur als Bekräftigungsmittel der völkerrechtlichen Verträge spielt sie eine grössere Rolle.

In erster Hälfte des 15. Jahrhunderts kommt die Schmähungsklausel öfters zum Vorschein; die letzte Erwähnung findet sich in einem Gerichtsacte aus dem Jahre 1506. In der Praxis des Krakauer Universitätsgerichts scheint sie aber ihre Lebensfähigkeit nicht verloren zu haben: so finden sich noch ihre Spuren in den Rectoratsacten des Jahres 1522. Und die Codificationsversuche des 16. Jahrhunderts, die das in Polen geltende Recht festlegen wollten, führen noch die Vorschrift der Kasimir'schen Statuten über das Schmähungsverbot

---

[29]) Cf. Warschauer, Stadtbuch von Posen Bd. I, Posen 1892, Nr. 134, Nr. 304: „sub honore et fidei pignore.“

[30]) Hube, a. a. O.

bei Spielschulden als geltendes Recht an. So die sogen. Correctur von Taszycki aus dem Jahre 1532 in cap. 758:

> „et si victor praesenti statuto contraveniens pro pecunia taliter credita suum acriter monuerit debitorem et eum vel fideiussorem eius propterea verbis turpibus et improperiis lacesserit, quotienscunque id fecerit, totiens victo pro sua verecundia et iniuria poenam trium marcarum et nostro iudicio pro inoboedientia et huius statuti transgressione aliam similem poenam solvere tenebitur."

Jedenfalls aber verschwand die Klausel in Polen früher als in Deutschland und Böhmen. Die Quellen aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts wissen uns von der Sitte nichts mehr zu erzählen, während sie in Deutschland erst im Jahre 1577 durch die Reichspolizeiordnung, in Böhmen im Jahre 1627 durch die verneuerte Landesordnung endgültig verboten wurde.

III.

Rechtsanschauungen im Islam.

Von

Dr. phil. Hans Lindau.

Das Recht wird von den mohammedanischen Gelehrten mit einem Baume verglichen. Dies poetische Gleichniss dient ihnen zur Veranschaulichung des Verhältnisses, das zwischen der Methodenlehre und der Darlegung des geltenden Rechts besteht. Sie sprechen von einer Wurzelkunde und einer vielverzweigten Astlehre. Man möchte dabei an das Verhältniss der Philosophie zu den Einzelwissenschaften denken, nur hat sich freilich in diesem Falle bei uns heute das Verhältniss umgekehrt. Die Philosophie wird das Spätere; sie, einst die allgemeine Mutterwissenschaft, lebt nun fort in allen ihren Töchtern, und Philosophie ohne Einzelwissenschaften ist ein überwundener Standpunkt geworden.

Der Baum des muselmännischen Rechtslebens steht aber noch fest auf seiner Wurzel. Die Methodenlehre, in der abstracten grauen Erdentiefe, giebt dem Stamm seinen Halt, und die grüne Blätterfülle in den Lüften, die im Spiel der Winde lebt und das Auge erfreut, sie wäre nichts ohne das Fasergespinnst dort unten, aus dem sich der stolze Wuchs erhebt, und dem er alles verdankt.

Von dieser Wurzellehre des Rechts im Islam ist nur wenig im Westen bekannt geworden, und es ist deshalb mit Dank

zu begrüssen, dass neuerdings ein französischer Jurist, der Graf Léon Ostrorog, seiner interessanten Ausgabe der Abhandlung des El-Mawerdi über das Staatsrecht eine allgemeine Einleitung beigegeben hat, in der er, an der Hand einiger klassischer Werke, die methodische Rechtserzeugung im Islam beleuchtet. Er benutzte zu dieser Arbeit, die dem Leser ein Bild von der mohammedanischen Scholastik gewähren soll, drei theologische Quellen, nämlich die „Geheimniss-Enthüllung“ des sogen. Fahrul Islam (Ruhm des Islam), „Der Spiegel und die Principien“ von Molla Hosrev und die in Europa bereits bekannte Abhandlung der Theologie von Adhud-Ed-Din-El-Jdji.

Der Rechtsbildung zu Grunde liegt eine Theorie der Gewissheit. Die Lehrer der Wurzelkunde gehen davon aus, dass jedes rechtmässige Gebot auf etwas Gutes abzielt und jedes rechtmässige Verbot etwas Böses zu ersticken hat. So ist es unerlässlich, dass Gutes und Böses in diesen Vorschriften vorkommen, wobei aber gut und böse nicht im Sinne von nützlich und schädlich oder vollkommen und unvollkommen gemeint sind, sondern gut als das schlechthin Lobwürdige und böse als das unbedingt Tadelnswerthe. — Da fragt es sich nun: ist die menschliche Vernunft denn fähig, die Dinge in dieser Weise absolut zu werthen? Offenbar nein. Der Mensch urtheilt nach den Graden der Vollkommenheit oder des Nutzens und Schadens. Etwas an sich Gutes kennt er, in seiner menschlichen Werthmessung, ebenso wenig wie etwas an sich Böses. Soll es darum in der Wirklichkeit auch nicht vorhanden sein? Darauf wird dogmatisch geantwortet: Die absoluten Attribute existiren nothwendigerweise, wenn auch der Mensch sie nicht erfassen kann. Sie sind metaphysischer Natur. — Der Mensch ist also nicht im Stande, dem Rechte seine absolute Grundlage zu bauen, denn er weiss nicht, was an sich gut oder schlecht ist. Um dem Spiel der Leidenschaften zu entkommen, hat er keinen Wegweiser. Er würde verloren sein, wenn es nicht etwas Höheres gäbe, das die Nacht seiner Unwissenheit rettend erhellt.

Und nun wird das theologische Register gezogen. Die Orgeltöne der himmlischen Musik dringen tröstend und friedenverheissend, beruhigend und mild in das gequälte Menschenherz. Islam heisst Hingabe an Gott. Das ganze Rechtsleben des Islam blüht aus der Gottesergebung hervor. Allah, der Allwissende, schafft hier dem Volke sein Recht. Wir berühren den heiligen Erdengrund, aus dem der Baum entspriesst.

Das der Welt ewig fehlende Element der Gewissheit — es wird durch die Gnade Gottes der bedürftigen Menschheit mitgetheilt durch die Propheten. Sie überbringen die Befehle des Höchsten, sein „Wort“. Die Propheten sind Menschen, von Frauen geboren, von vergänglicher Körperbildung und den Krankheiten und dem Tode unterworfen, aber durch heiligen Lebenswandel gereinigt und verklärt, mit Wunderkraft ausgerüstet, ausserordentliche Wesen. Seit Erschaffung der Welt hat es Propheten gegeben. Als solche werden genannt Adam, Abraham, Moses, David, Jesus, der Sohn der Maria, schliesslich aber Mohammed, der Sohn des Abdullah, der Gottes Wort, wie er es durch den Engel Gabriel empfangen, verkündete. Es findet sich aufgezeichnet in arabischer Sprache im Koran. Die unbezweifelbare Richtigkeit aller ausgesprochenen Weisungen ist durch ihren göttlichen Charakter verbürgt. Nunmehr ist die Wissenschaft von Gut und Böse dermassen klargelegt, dass es in Zukunft keiner neuen Erhärtung bedarf. Die Früchte vom Baume der Erkenntniss dürfen von jetzt an unbeanstandet genossen werden.

Aber die Schrift ist nicht die alleinige Wurzel der Gewissheit. Die Gottheit hat sich auch ausserdem offenbart, nämlich in allen Aeusserungen des Propheten Mohammed. In ihm rann beständig die Quelle der himmlischen Mittheilung, und es gilt darum, aus allen seinen Hinterlassenschaften das brauchbare Rechtswissen herauszupräpariren. Hierin besteht im Grunde alle methodische Jurisprudenz.

Die Form des Koran ist freilich durchaus nicht die eines Rechtslehrbuches. Die 140 Suren enthalten mancherlei: Ge-

schichten, Verheissungen, Drohungen und Vorschriften. Gemeinsam ist ihnen nur eine gewisse pathetische Eigenart der Diction. — Vor nun etwa 25 Jahren machte sich Jules La Beaume an die verdienstvolle Arbeit, eine nach inhaltlichen Gesichtspunkten wohlgeordnete Ausgabe des Koran zu veranstalten. Es ist ein dickleibiger Band von nahezu 800 Seiten geworden, Le Koran analysé (d'après la traduction de M. Kasimirski), reich an Wiederholungen, aber man gewinnt aus ihm ein interessantes Bild dieser heiligen Rechtsquelle. — Ich habe dies Buch erwähnt, weil ich ihm Anregung und Belehrung verdanke.

Neben dem Koran steht die Ueberlieferung, eine ungeheure Sammlung von Aussprüchen (Hadith) religiösen und moralischen Inhalts oder besonderen Charakters. Selten findet man darunter einen wirklichen juristischen Spruch wie z. B. „der Beweis liegt dem Kläger ob, und der Schwur kommt dem Bestreitenden zu". Aus dem gewaltigen Wust der „rohen und unverarbeiteten Masse" ein kunstvolles Rechtssystem herzustellen, war vermuthlich eine harte Mühe.

Nach zwei Richtungen hin setzte sich zunächst die Forschung in Bewegung. Diese beiden Pole waren: die Echtheit der Herkunft und die Klarheit des Gedankens. Einerseits ging die Untersuchung darauf aus, festzustellen, in wie weit irgend eine Rechtsentscheidung göttlichen Ursprungs und somit unanfechtbare Urkunde sei, und andererseits zu prüfen, in wie weit ihr Inhalt für uns Menschen klar und deutlich aufgefasst werden könne.

In Bezug auf den ersten Punkt wird zwischen der Heiligen Schrift und der Tradition zu unterscheiden sein. Jene ist unbestreitbar göttlich und in allen ihren Theilen echt. Nicht so diese. Es ist zweifelhaft, ob alle überlieferten Aussprüche wirklich auf den Propheten zurückgehen. — Einige dieser Hadith werden allgemein als wahr angenommen. Sie sind den Satzungen der Schrift selbst gleich zu achten. Eine weit grössere Gruppe aber wird von Einzelnen überliefert, und ihr

Werth hängt von dem Ansehen der überliefernden Person ab. Nie kann ein solcher Ausspruch den höchsten Grad der Sicherheit erreichen.

Der Scharfsinn der juristischen Wurzelforscher glänzt in der Anordnung ihres Materials unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Deutlichkeit. Hier hat man eine Tafel von nicht weniger als 80 Kategorien ausgearbeitet, und dies Kunstwerk wird mit Sorgfalt von Generation zu Generation weitergegeben, wie etwa ein grosser ererbter Schrank, in dessen zahlreichen Schubfächern die Dinge säuberlich aus einander gehalten werden.

Die einzelnen Worte kommen zuerst an die Reihe. Ein Wort kann eindeutig und vieldeutig sein. Der Sinn eines vieldeutigen Wortes kann für eine Stelle durch Interpretation festgestellt werden oder kann dunkel bleiben. Ferner kann ein Wort ein bestimmtes individuelles Object bezeichnen oder eine Mehrheit von Objecten. — Als Regel wird aufgestellt: Ein allgemeiner Ausdruck darf nicht durch den besonderen Anlass, bei dem er laut wurde, in seiner Allgemeinheit geschmälert werden. So sind z. B. die Aeusserungen des Propheten gelegentlich der verleumderischen Anklagen gegen Aischa nicht durch ihren speciellen Entstehungsgrund in ihrer Allgemeingültigkeit zu beschränken. — Weiterhin kann ein Wort eigentlich oder bildlich gebraucht werden. Das Erstere bildet die Regel, das Zweite die Ausnahme. Für die Ausnahme ist der Beweis zu erbringen.

Ein Ausspruch, als Ganzes betrachtet, kann acht verschiedenen Kategorien angehören, davon vier klar und deutlich sind. Die andere nächtliche Hemisphäre wird durch zunehmende Dunkelheit charakterisirt. Klar ist ein Ausspruch, wenn seine eigenen Worte zum Ausdruck des Sinnes genügen. Dazu kann auch noch die Absicht klar sein. — Nun können aber derartige Aussprüche in scheinbarem Widerspruch zu anderen stehen. Die wahrscheinliche Deutung erhellt alsdann durch die Interpretation. — Die allgemeinen Ausdrücke eines

Ausspruchs können durch einen anderen limitirt werden. Ihr Sinn wird dadurch eingeschränkt. Auch kann wohl einmal ganz glatt die directe Aufhebung stattfinden.

Sodann kann einem Ausspruch ein derartig präciser Charakter innewohnen, dass Interpretation und Sinnbegrenzung der allgemeinen Ausdrücke füglich unterbleibt. Ja, er kann kategorisch werden. Dann ist jede Modification ausgeschlossen. Ein kategorischer Ausspruch ist beispielsweise: Gott ist allwissend. — Soviel von den Kategorien zunehmender Klarheit.

Die Kategorien abnehmender Deutlichkeit beginnen mit der Gattung des verborgenen Sinnes. So fragt es sich gelegentlich des Diebstahls: Ist der Leichenplünderer ein Dieb? Soll er als Dieb bestraft werden? Er nimmt es ja keinem Lebenden. — Man wird hier an die Casuistik unserer Rechtswissenschaft erinnert, als man sich seinerzeit fragte, ob Elektricität gestohlen werden könne und eine „Sache“ sei. —

Ein Ausspruch kann ferner zweifelhaft sein und begründet werden müssen. So ist z. B. gesagt: Die heilige Nacht ist mehr werth als tausend Monate. — Wie? fragen die Gelehrten. Eine heilige Nacht ist mehr werth als tausend Monate? Aber sie kehrt ja jedes Jahr wieder, diese heilige Nacht? Tausend Monate enthalten daher dreiundachtzig heilige Nächte. Wie kann aber eine heilige Nacht mehr werth sein als dreiundachtzig heilige Nächte plus den übrigen profanen Nächten? — Gemeint sind also nicht die vollen Monate, sondern die Monate mit geflissentlichem Ausschluss der heiligen Nächte. Erst die klügliche Ueberlegung ergiebt somit das makellose Resultat. Nun wissen wir, dass eine heilige Nacht mehr werth ist als tausend Monate, in denen keine heilige Nacht erscheinen würde. Hier kann nicht von einer Evidenz die Rede sein, sondern einer erschlossenen Wahrheit.

Ein Ausspruch ist dunkel, wenn er dunkle oder mehrdeutige Ausdrücke enthält, die eine Erklärung von Aussen nöthig werden lassen. Durch einen anderen sicheren Ausspruch kann ein so beschaffener dunkler präcisirt werden. Es

wird commentirt, wo der andere helfende Ausspruch nur erschlossene Sicherheit besitzt, also sozusagen nicht im Sonnenlichte zu Tage liegt, sondern vom geliehenen Mondesscheine beleuchtet wird.

Schliesslich im tiefsten Abgrunde schlummern die geheimnissvollen Aussprüche. Geheimnissvoll ist ein Ausspruch, wenn ihn kein vernünftiger Mensch verstehen kann. — Zu den geheimnissvollen Dingen, welche alle menschliche Fassungskraft übersteigen, gehören z. B. die räthselhaften Buchstaben über gewissen Suren. —

Auf diese Eintheilung nach Graden der Sicherheit und Deutlichkeit gründet sich eine Eintheilung nach dem Grade ihrer Gesetzeskraft. Die sicheren und klaren Aussprüche der Schrift und Tradition allgemeiner Anerkennung verpflichten sowohl zum Glauben wie zum Gehorsam. Zum Handeln allein verpflichten die Aussprüche von erschlossener Deutlichkeit, wie sie sich in der Schrift und den allgemein angenommenen Ueberlieferungen finden, oder auch diejenigen von erschlossener Echtheit, die also aus individueller Tradition hervorgehen. Hier hat man es nicht mit dogmatischen Wahrheiten zu thun, wohl aber mit moralischen Verbindlichkeiten. — Woher kommt diese Verbindlichkeit trotz der aufgehobenen Gewissheit? Die rechtgläubige Kirche hat dies so angeordnet, denn der Prophet sagt: Mein Volk wird sich in 63 Sekten zersplittern. Eine davon wird gerettet werden. Die anderen werden untergehen. — Als man ihn hierauf fragte, welche Sekte denn gerettet werden würde, lautete die Antwort: Die Sekte der Ueberlieferung und der Kirche. — Und man fragte noch einmal: Was ist Ueberlieferung und Kirche? — Da antwortete der Prophet: Alle Lehren, die ich heute verkünde, und die meine Jünger verkünden. — Aus der Autorität der Kirche wird die moralische Verbindlichkeit der Tradition abgeleitet. Wer diesen Aussprüchen widerstrebt, ist darum noch kein Ungläubiger, denn die Herkunft der Sprüche bleibt ja zweifelhaft. Immerhin ist es ein Auflehnen gegen die Kirche.

Handelt er zuwider, so ist er unfromm. — In der Interpretation zweifelhafter Dinge wird der freien Prüfung Raum gegönnt. Aussprüche, deren Herkunft und Sinn zweifelhaft ist, verpflichten weder zur theoretischen noch praktischen Aneignung. Enthalten sie einen Befehl, so kann man diesen als eine Empfehlung auffassen. Wer nicht darauf hört, ist darum noch nicht unfromm und ungläubig.

* * *

Interessant in ihren Consequenzen erscheint die Theorie der Attribute. Das wirkende Attribut unterscheidet sich von dem bloss vorhandenen, harmlos daherlaufenden dadurch, dass man bei ihm sicher ist, das göttliche Gebot oder Verbot hängt in seiner Motivirung causal mit ihm zusammen. Das Berauschende des Weines ist im göttlichen Weinverbot kein wirkendes Attribut. Man ist nicht sicher, behaupten einige Gelehrten, dass der Wein dieser „vis“ wegen verboten worden ist. Er könnte ja auch als Wein, lediglich seines specifischen Weincharakters wegen, verboten sein. Dies Weinwesen gefällt dem Allah nicht.

Ein anderes Beispiel ist das von der Katze. Die Katze, heisst es, ist nicht unrein: denn sie gehört zu den Hausthieren, die euch stets umgeben. Das Attribut, Hausthier, mit dem die Berührung sich schwer vermeiden lässt, zu sein, scheint als wirksame Ursache für diese Erklärung zu fungiren. Hier muss nun die Forschung einsetzen. Existirt eine causale Verbindung zwischen einer im Princip unreinen Sache und der Schwierigkeit, sie zu vermeiden? Dem Gläubigen wird beseligt zu Muthe. Es könnte sich ihm hier wohl gar eine Art Einblick in die Rathschlüsse des Allwissenden eröffnen. Es heisst ferner: Wer aus Hunger unreines Fleisch geniesst, das sonst verboten ist, sündigt nicht; denn der Herr ist barmherzig. — Nun ist also das Attribut wirksam geworden. Die Schwierigkeit der Berührungsmeidung wirkt aufhebend. Also die Katze, eigentlich unrein, ist rein, weil es schwer halten würde, ihre

Berührung zu meiden. Daraus folgt der eminent praktische Rechtsgrundsatz: die Nothwendigkeit macht im Princip verbotene Dinge erlaubt.

* * *

So arbeitet das islamitische Geistesleben an seiner Rechtsbildung. Nur wenige Gesichtspunkte habe ich hier berührt, aber sie werden vielleicht genügen, um einen oberflächlichen Ueberblick über dies Capitel ein wenig abseits gelegener Denkarbeit zu gestatten. Uns muthet es heute an wie Scholastik. Und Scholastik ist es auch. Aber das ordnende Verhalten des Menschen in der bewegten Mannigfaltigkeit moralischer Verhältnisse ist lehrreich und genussvoll zu beobachten, auch wo das Registriren an Pedanterie streift und wo die Fühlung mit den Erfordernissen des Lebens nur auf wunderlichen Umwegen zu erreichen versucht wird. In der gewissenhaften Durchdenkung abstruser Probleme wird das Denken und die Seelenentwickelung zum Fortschritt ja keineswegs für immer unterbunden. Und wir wissen nicht, ob wir dem sorgsamen Grübeln unserer eigenen Ahnen über dies und jenes Abgethane nicht vielleicht die erleichterte Genussfähigkeit für manche guten Dinge verdanken.

Anhang.

Abul-Hassan El Mawerdi.

Wer das islamitische Rechtsleben studirt, wird leicht auf die Schriften eines angesehenen Rechtsgelehrten, des Abul-Hassan El Mawerdi, stossen. Neuerdings hat, wie oben erwähnt, ein französischer Jurist, der Graf Ostrorog, die erläuterte Ausgabe einer Abhandlung Mawerdis über das Staatsrecht veranstaltet, aber seit 1851 besitzen wir bereits ein Schriftchen von Max Enger: De vita et scriptis Mawerdii commentatio.

Mawerdi genoss früh den Ruf eines gelehrten und bescheidenen Mannes. Er hat sich in seinem Leben dann mehrfach durch weises und kluges Verhalten dem Chalifen gegenüber hervorgethan. In schwieriger Lage stellte er seine Weisheit und seine Kunst dem Fürsten zur Verfügung und diente ihm mit aller Sorgfalt. Zu seinen Lebzeiten hat er jedoch keine Schrift veröffentlichen wollen.

Der merkwürdige Mann fühlte sich seiner Sache, die er vor den Menschen zu bekennen vielleicht niemals scheute, vor dem höchsten Himmelsrichter, Allah, nicht sicher. In seiner Frömmigkeit zweifelte er an dem bleibenden Werthe seiner Leistungen, und da er dem geschriebenen Worte eine grosse Macht zutraute, glaubte er sich weithinaus verantwortlich und wollte nicht unüberlegt der Welt eine irreführende Spur nach seinem Abscheiden hinterlassen.

Er zweifelte an dem fruchtbringenden Erfolge seiner Lebensarbeit, aber er zweifelte schmerzlos, als ein einsichtiger Mann, der sich bescheidet, den Willen Gottes nicht zu kennen, ihm aber unter allen Umständen zu gehorchen gewillt ist, sobald er ihn gewahr würde. In ihm ward der „Islam“ zur lebendigen Wahrheit: die Ergebung in die Rathschlüsse des allmächtigen Leiters aller Dinge.

Da Mawerdi sein Ende herrannahen fühlte, rief er einen vertrauten Freund an seine Seite und sprach: „Die Stunde meines Abschieds von der Welt ist gekommen. Ich werde dich und meine Freunde verlassen, und den Dienst meines erlauchten Herrn wird ein anderer zu übernehmen haben. Tröste die Meinen und traure selbst nicht über das Verhängte!

„Ich habe noch eine besondere Bitte an dich zu richten. Deren Erfüllung liegt mir sehr am Herzen. Habe darum Acht auf meine Worte!

„Diese Schriften, die ich hier halte, habe ich über das Recht geschrieben und habe sie aufbewahrt bis zu dieser Stunde, ohne davon zu sprechen, weil ich nicht wusste, ob sie gottgefällig sind oder nicht. Auch jetzt noch kann ich darüber

nichts entscheiden. Aber ich glaube, dass Allah mir in meiner letzten Minute Gewissheit darüber geben wird, was ich davon zu halten habe.

„Bleibe bei mir, und ich will deine Hand ergreifen. Und wenn du merkst, dass meine Hand dich drückt, dann wisse, dass meine Schriften dem Höchsten nicht gefallen haben. Dann sollst du sie zur Nachtzeit in den Tigris werfen.

„Wenn ich jedoch die Hand öffne, so ist dies ein Zeichen dafür, dass Allah meine Werke gebilligt hat, und dass ich zu seinem Wohlgefallen vollführt habe, was mir gut schien.“ —

Mawerdis Tod im Jahre 450 der Hedschra (1058) bedeutete einen grossen Verlust für den Chalifen und die zahlreiche Anhängerschaft des verehrten Mannes. Er war 86 Jahre alt geworden. Berühmt wurde sein Name durch die veröffentlichten Schriften in der ganzen mohammedanischen Welt.

Der Getreue, dem es für einen Augenblick anheimgegeben war, diesen Schatz der Welt zu versagen, gedachte oft mit wehmüthiger Freude des göttlichen Momentes.

„Als ich sah, dass er zu sterben kam,“ sagte er, „legte ich meine Hand in die seine. Da lehnte er sich rückwärts und öffnete sie weit und starb. Ich aber erkannte, dass seine Werke Allah wohlgefallen hatten.“

IV.

Ueber die Arbeitsgenossenschaften im slavischen Recht.

Von

Dr. Karl Kadlec aus Prag[1]).

Das Recht der slavischen Völker weist noch heute Arbeitsassociationen auf, welche ihren Ursprung wohl aus jenen Zeiten ableiten, wo die Slaven noch beisammen als ein ungetheiltes Volk lebten. Die Rechtsgeschichte der einzelnen slavischen Völker bietet uns zwar nicht die genügenden Belege hierfür, trotz alledem können wir auf die Existenz der erwähnten Genossenschaften aus anderen Quellen mit untrüglicher Sicherheit schliessen. In dieser kurzen Abhandlung wollen wir darthun, dass, insoweit es unser Thema betrifft, sich eben die so oft schon von verschiedenen Forschern geäusserte Ansicht als richtig erweist, dass die älteste Quelle der Rechtsgeschichte die Sprache ist und neben dieser den Rechtsgewohnheiten eine nicht minder wichtige Rolle zukommt, und zwar insolange man in ihnen Spuren von Verhältnissen finden kann, welche einst allgemein

---

[1]) Ich freue mich, dass der Verfasser dieser bereits zweimal in slavischen Sprachen veröffentlichten verdienstvollen Arbeit auf mein Ansuchen bereit war, sie den Lesern der Zeitschrift in deutscher Sprache zu bieten. Sie erschien im Sborník věd právních a státních in Prag, und in russischer Sprache in der Festschrift zu Ehren von Vladimirsky-Budanov. Kohler.

herrschten, oder wenigstens sehr verbreitet waren. Die Daten, welche man aus der Sprachforschung und dem Gewohnheitsrechte schöpft, bilden da ungemein wichtige Hülfsmittel für den Rechtshistoriker.

Bei einzelnen slavischen Völkern — auch bei solchen, welche räumlich getrennt von einander leben und auf einander gegenseitig nicht einwirken konnten, bestehen gemeinsame Rechtsinstitute. Es herrscht kein Zweifel darüber, dass manche von diesen Instituten nicht in den jetzigen Wohnsitzen der einzelnen slavischen Völker entstanden sind, sondern dass ihr Ursprung bis in die uralte gemeinschaftliche Heimath, wo die slavischen Völker noch ungetrennt lebten und eine einheitliche Nation bildeten, versetzt werden muss. Solche Völker, welche von einander durch andere getrennt waren, sind die Russen und die Südslaven. Wenn nun bei ihnen, den Ergebnissen des Gewohnheitsrechtes gemäss, nicht nur dieselben, sondern auch gleich benannte Rechtsinstitute vorkommen, so ist dies ein untrüglicher Beweis dafür, dass es sich hier um gemeinschaftliche urslavische Rechtsinstitutionen handelt, welche einst gewiss auch im Rechte der anderen slavischen Völker existirten, später jedoch durch verschiedene Einflüsse zu bestehen aufhörten. Es sind damit hauptsächlich solche Rechtsinstitute gemeint, welche von fremden Völkern nicht recipirt werden konnten, da sie dem Rechte fremder Völker nicht bekannt sind.

Durch rechtshistorische Forschungen ist schon lange bewiesen worden, dass bloss im römischen Rechte das Princip des Individualismus bis in die äussersten Consequenzen durchgeführt wurde. Das römische Dominium als eine unbeschränkte Herrschaft des Individuums über eine Sache ist, insofern es sich um Immobilien handelt, fast allen anderen Völkern der Welt ein durchaus unbekannter Begriff. Es entwickelte sich nämlich bei anderen Völkern im Gegensatze zum römischen Individualismus das Princip des Collectivismus, an dessen Statt erst im späteren Stadium der Rechtsentwickelung der römische Individualismus getreten ist, als in Europa das römische Recht

recipirt wurde. Bei den primitiven Stämmen Asiens, Australiens und Africas ist bis heute noch der Collectivismus die Regel und keineswegs Ausnahme. In der Wissenschaft ist dies schon lange bekannt. Vgl. z. B. das gediegene Werk N. J. Ziber's Очерки первобытной экономической культуры (Abriss der ursprünglichen ökonomischen Cultur, Moskau 1883).

Vor etlichen Jahren suchte ein böhmischer Forscher zu beweisen, dass der primitive Mensch den Boden selbst, durch seine eigene Arbeit, ohne irgend welche Genossen und Gehülfen sich nutzbar machte, der Beweis ist ihm jedoch nicht gelungen. Schon damals bin ich dieser Ansicht entgegengetreten, indem ich die Meinung vertrat, dass nicht der Individualismus, sondern der Collectivismus in der menschlichen Gesellschaft die ältere Form der rechtlichen Organisation ist. Damals handelte es sich um die Zadrugafrage bei den Slaven, und ich wollte dieses Thema nicht ausführlicher verfolgen, als insoweit dasselbe die Familiengenossenschaft berührte. Heute will ich meine frühere Ansicht mit neuen Belegen bekräftigen und die Arbeitsassociationen bei den slavischen Völkern kurz behandeln.

Die meisten Daten bieten uns russische Quellen. Was Russland betrifft, stehen uns so viele und reichhaltige Daten aus neuer und alter Zeit zur Verfügung, dass kaum irgend ein Recht eines andern Volkes so interessante und so zahlreiche Daten über Arbeitsgenossenschaften aufweist, wie eben das russische Recht. Das ausgedehnte Territorium des russischen Reiches, die unerschöpflichen Quellen der aus dem Boden, Wasser und den Bergen geschöpften Reichthümer, zudem noch die verhältnissmässig spärliche Bevölkerung, welche sich an manchen Stellen sogar zur völligen Menschenleere steigert, ferner die niedrige Stufe der materiellen Cultur, und endlich der Mangel an dem nothwendigen Capital, dies alles zusammen bewirkt, dass der einzelne Mensch, wenn er aus der riesigen und reichen, aber schwer zu überwindenden Natur Nutzen ziehen will, zum Bewusstsein seiner Schwäche und Unzulänglichkeit gelangen und sich Verbündete sowie Gehülfen

suchen muss. Nur auf diese Weise steigert sich seine materielle Kraft und sein Vertrauen auf Erfolg. Es paart sich hier Arbeit mit Arbeit, und deshalb heissen die besagten Verbände Arbeitsassociationen oder Cooperationen. Die Cooperationen beschränken sich jedoch nicht immer auf die genannte Form, wo die einzelnen Mitglieder der Arbeitsgenossenschaft lediglich mit ihren blossen Händen und ihrer Arbeitskraft zum gemeinschaftlichen Zwecke beitragen. Ziemlich oft ist es nothwendig, dass die Mitglieder der Arbeitsgenossenschaft dem gemeinschaftlichen Zweck nebst der Arbeitskraft noch gewisse Werkzeuge oder Geräthschaften, also ein gewisses, wenn auch noch so kleines Betriebscapital zuwenden. Manche Unternehmungen erfordern sogar von ihren Mitgliedern ein ziemlich bedeutendes Betriebscapital, so dass solche Cooperationen nur reicheren Leuten zugänglich sind. Ein andermal vereinigen sich einzelne Menschen zu Arbeitsgenossenschaften nur aus dem Grunde, um sich durch massenhafte Einlagen von kleinen Mitgliedsbeiträgen ein grosses Capital zu beschaffen, welches der einzelne Mann niemals aufzutreiben im Stande wäre. Kurz, die Arbeitsassociationen haben ein verschiedenartiges Gepräge, je nach der Art der Unternehmung und dem Zweck derselben, zu dem sie geschlossen werden. In den häufigsten Fällen sind dies Erwerbsassociationen und nur selten Consumassociationen. Es kommt nämlich vor, dass sich einzelne Personen (welche sonst von einander getrennt arbeiten) nur deshalb vereinigen, um gemeinschaftlich zu wohnen und sich gemeinschaftlich zu verköstigen (Consumgenossenschaften). Neben den Erwerbs- und Consumassociationen kommen noch zwei andere Formen der Cooperationen, und zwar die Credit- und dann die Versicherungsassociationen vor.

Alle vier erwähnten Arten der Cooperationen werden in Russland Artells genannt. Die häufigsten und durch ihre Organisation die buntesten sind die Erwerbsartells. Jsajev (Артели въ Россіи 1881, S. 25) theilt sie ein: 1. in Rohstoff-

artells (артели сыревыя), wenn durch sie die zu verarbeitenden Rohstoffe angeschafft werden; 2. in Lagerartells (складочныя артели), wenn sie durch das Bestreben der Mitglieder, für ihre Waaren auf gemeinschaftlichen Aufwand ein Lagerhaus zu errichten, ins Leben gerufen werden; 3. in Betriebsartells (производительно-подсобныя артели), wenn ihr Zweck durch eine auf gemeinschaftliche Kosten erfolgte Beschaffung von Localitäten, Werkzeugen oder sonstigen zur Erwerbsthätigkeit der Mitglieder nothwendigen Einrichtungen erfüllt wird; 4. in Erwerbsartells (производительныя артели), welche überhaupt alle diese Arten der Erwerbsthätigkeit ihrer Mitglieder umfassen.

Consumartells können entweder in Form von Wohnungs- und Verköstigungsartells combinirt sein, oder nur als Wohnungs- (артели квартирныя), anderenfalls nur als Verköstigungsartells (артели харчевыя) erscheinen.

Creditartells können ihre Thätigkeit sowohl auf Grund eines persönlichen als auch auf Grund eines sachlichen Credits ausüben. Die Grundeigenthümer können sich nämlich zu Creditartells vereinigen, welchen das Recht zusteht, Pfandbriefe zu emittiren.

Die Versicherungsartells können die Form von Sparkassen, Aushülfs- und Pensionsfonden, gegenseitigen Versicherungsgesellschaften gegen Feuergefahr, Hagelschlag, Thierseuchen u. a. annehmen.

Mag es sich um was immer für eine Art der angeführten Artells handeln, der Artell wird immer auf eine gewisse, kürzere oder längere Zeit geschlossen, die sich natürlich nach dem Zwecke richtet, zu welchem der Artell gegründet wurde. Denn es giebt nur auf einige Tage geschlossene Artells, andere dauern dagegen viele Jahre, ja es giebt auch solche Artells, welche seit dem 18. Jahrhundert ununterbrochen bestehen. Es sind dies Börsenartells, deren es nach Jsajev (a. a. O. S. 56) in den siebenziger Jahren des 19. Jahrhunderts in Petersburg 24 gegeben hat. Der älteste von ihnen, der Jaroslaver Börsenartell entstand im Jahre 1714; zehn entstanden in der ersten

Hälfte, sieben in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, und nur sechs im 19. Jahrhundert.

Je nachdem, ob der Artell für eine längere Dauer berechnet ist, und ob er eine grössere Anzahl von Mitgliedern zählt, braucht er auch eine festere Organisation. In der neueren Zeit werden bei den complicirteren Artells, welche eine grössere Anzahl von Mitgliedern aufweisen, die Rechte und Verpflichtungen der Verwaltungsorgane als auch der einzelnen Mitglieder in der Regel durch Statuten oder Verträge bestimmt. In früheren Zeiten galten diesbezüglich nur Rechtsgewohnheiten, welche heute noch, in so weit es sich um kurzfristige und wenig Mitglieder zählende Artells handelt, massgebend sind.

Da wir in dieser kurzen Abhandlung die Artells nicht näher zu erörtern beabsichtigen, verweisen wir alle, welche sich mit der Frage gründlicher befassen wollen, auf das dreitheilige Werk Сборникъ матеріаловъ объ артеляхъ въ Россіи (Sammlung von Materialien über Artells in Russland, Petersburg 1873—1875), wo sehr viel werthvolles Material von zahlreichen Mitarbeitern enthalten und im Anhang eine bibliographische Uebersicht von Büchern und Abhandlungen über die Artells zusammengestellt ist. Spätere Literaturangaben finden sich in dem bekannten Werke Jakuškin's Обычное право (Gewohnheitsrecht, 2 Bde.), und die neuesten Arbeiten werden in dem Werke S. N. Prokopovič's Кооперативное движеніе въ Россіи (Die cooperative Bewegung in Russland, Petersburg 1903) angeführt. Der erste Versuch, eine systematische Darstellung der Rechtsprincipien des Artellrechtes zu bieten, stammt von Prof. S. V. Pachman, Обычное гражданское право въ Россіи (Das bürgerliche Gewohnheitsrecht in Russland, Petersburg, I. Bd. 1877, S. 247—336). Gesetzlich ist das Artellrecht vorläufig im sogen. Handelsstatut [2]) (XI. Bd. des russischen Corpus juris, Art. 89—104) geregelt. In Zukunft aber werden die

---

[2]) Eine deutsche Uebersetzung von Zwingmann, Russisches Handelsgesetzbuch, ist im Jahre 1889 in Riga erschienen.

Bestimmungen über die Artells in dem neu herauszugebenden Civilcodex, und zwar im V. Buche (von den Obligationen, Art. 911—925)[3]) enthalten sein. Die Artells sind da in das Capitel der Gesellschaften, resp. Genossenschaften eingereiht.

Da es in unserer Absicht steht, in dieser Abhandlung hauptsächlich nur die landwirthschaftlichen Cooperationen zu berühren, übergehen wir die verschiedentlichen Arten von Artells[4]) und beschränken uns auf die landwirthschaftlichen Arbeitsgenossenschaften. Zu den interessantesten gehören die im Kreis von Alexandrijsk und Jelisavetgrad (Chersonisches Gouvernement) üblichen Associationen[4a]). Dort treten gewöhnlich fünf Bauernfamilien in einen Artell derart zusammen, dass ihr sämmtlicher Grund und Boden — auch der gepachtete (wenn sie welchen besitzen) — in ein einziges Ganzes vereinigt wird und sich im ungetheilten gemeinschaftlichen Besitze

---

[3]) Die zwanzigjährigen mit dem Verfassen eines neuen russischen Civilgesetzbuches verbundenen Arbeiten neigen schon ihrem Abschlusse zu, und in der nächsten Zeit soll dieses vorzügliche Codificationswerk zum Gesetze werden. Das obenerwähnte V. Buch wurde unter der Redaction des Advokaten N. Seeler ins Deutsche übersetzt und unter dem Titel „Bürgerliches Gesetzbuch, Buch V, Das Recht der Forderungen“ vom Rigaer Börsencomité (Riga, 1900) herausgegeben. Der Begriff des Artells ist dort folgendermassen festgesetzt: Arbeitsgenossenschaft oder Artell wird eine Genossenschaft genannt, die zur Ausführung jeder Art von Arbeiten begründet worden ist, welche von den Mitgliedern persönlich für gemeinsame Rechnung und gesammtschuldnerisch geleistet werden. — Dem gegenüber ist im russischen Handelsgesetzbuche die Definition des Artells auf diese Weise gegeben: Artells werden Genossenschaften von Arbeitern genannt, welche nach freier Vereinbarung unter einander zur Verrichtung von Diensten, Arbeiten oder Gewerben sich vereinigen, welche die Kräfte eines Menschen übersteigen.

[4]) Das Artellprincip wird in Russland in den verschiedentlichsten Fällen angewendet. In Artells vereinigen sich z. B. Bärenjäger, Fischer, Zimmerleute, Schmiede, Tischler, Schlosser, Holzknechte zum Fällen des Waldes, Krämer, Zeitungsausträger und Colporteure, Waarenträger, Flösser, Schiffsleute, Salinenarbeiter, Maler u. s. w., ja sogar auch Bettler, Sträflinge und Pferdediebe.

[4a]) Труды Импер. Больн. Эконом, Общ., 1896, Nr. 2, S. 145—167.

und Benützung des ganzen Artells befindet, d. h. es wird auf allen Grundstücken nach einander geackert, gesäet und geerntet, als ob dies ein Besitz eines einzigen Bauern wäre, und für den Eigenthümer des gesammten Bodens wird der Artell betrachtet. Niemand kann ausserhalb des Artells den Boden separat bearbeiten [5]). Wenn die Artellsmitglieder ungleich grosse Grundstücke besitzen, so wird der Ertrag zwar unter sämmtliche Mitglieder zu gleichen Theilen vertheilt, doch derjenige, dessen Boden kleiner als dieser Theil ist, muss dem Artell vier Fünftel des Preises (wenn am Artell fünf Mitglieder theilnehmen) zurückzahlen, und derjenige wieder, der mehr Grundstücke besitzt, erhält vom Artell vier Fünftel des Preises für den Ueberschuss seines Grundstückes. Das restliche Fünftel wird aus dem Grunde abgezogen, weil derjenige, welcher vier Fünftel zuzahlt oder erhält, als Theilnehmer am Artell selbst aus dem Boden, für welchen er zuzahlt oder für welchen er einen Ersatz erhält, Nutzen zieht.

Alle Steuern und die verschiedenen Geld- und Naturalleistungen, welche dem Boden der einzelnen Mitglieder des Artells anhaften, sowie auch die Versicherungsprämien für das Artelleigenthum werden gemeinschaftlich bezahlt, und zwar zur ungetheilten Hand. Alle Mitglieder haften auch solidarisch für alle Darlehen und Schulden.

Die Wirthschaft des Artells wird in einem gemeinschaftlichen Artellhofe geführt, und als solcher wird der dazu geeignetste Hof der Artellsmitglieder ausgewählt. Dort befinden sich alle Wirthschaftsgeräthe und Maschinen, Pferde, Rindvieh, Schafe, Schweine, Getreide, Futter u. dgl., damit jedes Mitglied sich selbst einen Pflug, Eggen, Wagen u. s. w. nicht anzuschaffen und ein jeder für sich einen Schupfen, eine Scheune u. dgl. nicht zu errichten brauche. Sämmtliches angeführtes Wirthschaftsvermögen, sei es beweglich oder un-

---

5) [Also das System, das im indischen Recht Zamindari-System, im schottischen Recht Kyvar heisst. Kohler.]

beweglich (z. B. die vom Artell angekauften Grundstücke, verschiedene vom Artell errichteten Baulichkeiten u. s. w.) ist gemeinschaftlich, gehört ungetheilt dem Artell und befindet sich in seinem gemeinschaftlichen Besitze und Benützung, und Niemand hat das Recht, das Artelleigenthum ohne Zustimmung der übrigen Mitglieder zu benützen.

Jede Familie lebt für sich in ihrem Hause abgesondert und erhält ihren Antheil am Ertrage. Ihr häusliches Leben richtet sie sich nach ihrem Belieben ein. Dasselbe wird durch den Bestand des Artells gar nicht berührt.

Das Artellvermögen sowie auch das Arbeitsvieh muss beim Zemstvo (bei einer Landschaftsinstitution) versichert sein, und diese Versicherung geschieht im Namen des Artells und auf seine Unkosten.

Entfällt auf jede Familie des Artells eine Kuh, und sind die Höfe einzelner Familien nicht nahe bei einander, so kann jede Familie der Bequemlichkeit halber die Artellkuh in eigenem Hause halten und melken; trotz alledem werden die Kühe nicht als Eigenthum derer angesehen, bei denen sie sich befinden, sondern des ganzen Artells, ohne dessen Zustimmung der jeweilige Besitzer (Benützer) über die Kuh nicht verfügen darf. Sind weniger Kühe vorhanden als Familien, so dass auf eine einzelne Familie nicht eine Kuh entfällt, oder wenn auf sie zwar eine entfällt, aber die Höfe der Mitglieder nahe bei einander sind, werden alle Kühe im Artellhofe gehalten, werden auch daselbst gemolken, und die Milch wird unter alle Genossenschafter nach der Zahl der Köpfe, ohne Rücksicht auf ihr Alter, zu gleichen Theilen vertheilt, oder es können alle Familien der Reihe nach die Kühe melken.

Kein Artellmitglied darf die Artellarbeit verweigern, im Gegentheil Jedermann ist verpflichtet, zum gemeinsamen Fromm und Nutzen zu arbeiten und darf nicht etwa abwarten, bis er vom Vorsteher (Starosta) oder sonst einem Mitgliede zur Arbeit aufgefordert wird. Zu Zeiten, wenn für den Artell nicht gearbeitet wird, kann ein jeder für sich Verdienst suchen, wenn

er kann und wenn er will. Auch der ganze Artell kann selbst oder mit seinem Vieh gemeinschaftlich für den ganzen Verband auf Arbeit gehen. Wenn er eine solche Arbeit übernimmt, muss er sie gewissenhaft ausführen, damit er sich Zutrauen erwirbt. Will eines der Mitglieder in der Zeit, in welcher (im Winter) gemeinschaftlich nicht gearbeitet wird, auf längere Zeit des Erwerbs wegen sich entfernen, so dass es die Tage versäumt, an welchen an ihn die Reihe kommt, für den Artell irgend welche Arbeit zu verrichten, so muss es den Artell um Bewilligung ersuchen, und wenn es sie erlangt, muss es demselben für diese versäumten Tage Ersatz leisten.

Die Ernte wird in einen einzigen Hof zusammengeführt, wo sie auch gedroschen wird. Ist viel Getreide vorhanden, oder ist der Artellhof zu klein, so kann man das Getreide theilweise auch in den Höfen einzelner Artellsmitglieder ablagern. Nach dem Dreschen wird das Getreide und andere Bodenerzeugnisse folgendermassen getheilt: vorerst werden abgetheilt die zur Saat benöthigten Bodenproducte, dann die zur Begleichung von Artellschulden und anderen Zahlungspflichten zu verwendenden Bodenerzeugnisse wie auch ein allenfallsiger Reservevorrath. Der Rest der Ernte wird zu gleichen Theilen unter die wirkenden Theilnehmer an der Artellarbeit nach der Zahl der Arbeitskräfte, ohne Unterschied des Geschlechtes, vertheilt, wobei eine jede halbe Arbeitskraft (die männliche vom 14. bis 17. Lebensjahr und die weibliche vom 13. bis 16. Lebensjahr) eine Hälfte dessen erhält, was ein erwachsener Mann; Knaben vom 10. bis 14. Jahre und Mädchen vom 10. bis 13. Jahre erhalten ein Drittel (drei werden nämlich als eine Person gerechnet); Kinder beiden Geschlechtes von 8 bis 10 Jahren erhalten ein Viertel. Auf Kinder bis zu 8 Jahren entfällt nichts.

Ausser mit Landwirthschaft kann sich der Artell noch mit verschiedenen Erwerbszweigen beschäftigen, und zwar mit Waldarbeiten, Fischfang, Töpferei, mit Bruchsteingewinnung, Bienenzucht, mit Anbau von Tabak, Hopfen, mit Gärtnerei u.s.w. Zur Winterszeit, nachdem die Feldarbeiten beendigt sind,

kann sich der Artell gemeinschaftlich oder einzelne Familien für sich allein mit irgend welcher Handwerkersarbeit (Schusterei, Tischlerei, Schmiedearbeit, Schlosserei, Weberei u. s. w.) beschäftigen.

Wenn ein Artellsmitglied erkrankt, oder aus einem anderen gewichtigen Grunde nicht arbeiten kann, wird der an dasselbe von der Ernte entfallende Antheil nicht vermindert, denn Krankheiten und andere Unfälle sind von Niemandem abhängig, und Jedermann kann ihnen unterliegen. Dauert aber die Krankheit über 3 Monate, und wird sie so schwer, dass der Kranke seine Arbeitsfähigkeit für immer verliert, so verbleibt seine Familie dennoch im Verbande des Artells, er aber kann im Einverständnisse mit den übrigen Artellsmitgliedern irgend Jemanden an seiner Statt zur Theilnahme am Artell auffordern und erhält mit demselben gemeinschaftlich einen auf eine Arbeitskraft entfallenden Antheil. Erholt sich im Laufe der Zeit das kranke Mitglied derart, dass es irgend welche leichtere Arbeit verrichten kann, so wird ihm je nach seiner Arbeitsleistung ein grösserer oder kleinerer Antheil ausgefolgt.

Der Artellvorsteher darf vom Artellgelde nur einen Betrag bis zu 50 Rubel bei sich haben. Was darüber ist, muss bei der nächsten Sparcassa der Reichsbank angelegt werden. Alle in einem Dorfe oder in einem gewissen Umkreise befindlichen Artells können eventuell eine gemeinschaftliche Cassa haben, woraus ihre Bedürfnisse und Ausgaben als auch gegenseitige Aushülfen bei Unglücksfällen einzelner Artellsmitglieder oder auch der ganzen Genossenschaft selbst gedeckt werden. Durch einen gemeinschaftlichen Beschluss wird für alle Artellstheilnehmer bestimmt, wie viel jedes Mitglied bezw. jeder Artell in diese gemeinschaftliche Artellcassa beizutragen hat. Die Artellcassa verwaltet ein Artellcurator mit zwei Bevollmächtigten, welche über alle Ein- und Ausgaben Buch führen müssen.

Wenn es der Artell als nothwendig erachtet, kann er aus seiner Mitte auf ein Jahr einen Artellvorsteher wählen, welcher im Einverständnisse mit den Mitgliedern des Artells die

Wirthschaft und alle Rechnungen führt. Die anderen müssen ihm gehorchen und seine Befehle, insofern sie die Interessen des Artells nicht schädigen, erfüllen. Nach Ablauf eines Jahres kann der Artell nach seinem Gutdünken einen neuen Vorsteher wählen oder den bisherigen noch auf ein Jahr belassen. Ueber eine ungerechte Handlungsweise des Vorstehers kann man bei dem Curator Beschwerde führen.

Kommen in einem Dorfe oder dessen Umgebung mehrere Artells vor, so kann eventuell aus der Mitte der Artellvorsteher ein Curator gewählt werden, dem die Aufsicht über alle Artells obliegt. Wenn sehr viele Artells vorhanden sind, so wird ausser dem Curator auf je zehn Artells ein Zehntvorsteher als Gehülfe des Curators gewählt.

Die landwirthschaftlichen Artells des Chersonischen Gouvernements sind zwar in der letzten Zeit und auf künstliche Art entstanden, aber als Vorbild dienten ihnen zahlreiche andere Artells alten Ursprungs. Es wird nämlich, wie gesagt, das Artellprincip in Russland in den verschiedensten Fällen von Alters her angewendet. Zu den uralten Artellsformen gehören z. B. landwirthschaftliche, zwecks sogen. Brandwirthschaft (подсѣчное, лядинное хозяйство) geschlossene Cooperationen der Bauern. Dort, wo man aus dem Waldboden oder Gestrüppe Ackerboden bilden will, und die Fläche, welche in Felder umgewandelt werden soll, zu ausgedehnt und als Wald oder Gestrüppe für die Landwirthe werthlos ist, vereinigen sich ganze Familien, ja manchmal ganze Dörfer zur Urbarmachung des Bodens derart, dass zuerst im Frühling ganze Waldcomplexe, nachdem sich die Bäume bereits mit Laub bedeckt haben, ausgerodet werden, und dann im Sommer, nachdem die gefällten Bäume so weit ausgedörrt sind, dass sie leicht brennen, wird dieses trockene Gehölz angezündet. Nur bessere Bäume, welche als Baumaterial oder zur Herstellung von Werkzeugen geeignet sind, werden weggeführt, und bloss das schlechtere Holz verbrannt. Der so gewonnene Boden (лядо, подсѣка genannt, wenn er aus Waldboden, oder сыросѣкъ, wenn

er aus dem mit Gestrüpp bedeckten Boden entstanden ist) wird dann — manchmal ohne jedwede weitere Bearbeitung, bisweilen jedoch nach Behacken — mit Winterkorn besäet. Erst im zweiten Jahre wird dieser Boden (лядо) gepflügt. Das Getreide wird auf solchen Neubrüchen 5 bis 6 Jahre hinter einander gesäet, solange der Boden ohne Düngen trägt, worauf derselbe entweder uncultivirt liegen gelassen oder in ein regelmässig gedüngtes und bearbeitetes Feld umgewandelt wird [6]).

Dass das Artellprincip den alten Russen wohl bekannt war, das haben zahlreiche russische Forscher, z. B. Kalačov, Al. Jefimenko, Sergějevič, Vladimirskij-Budanov, Lappo-Danilevskij, Kločkov u. A. bewiesen. Auch in Litauen war es nach Leontovič und Ljubavskij üblich. In Russland wurden zur Bezeichnung des Artells Ausdrücke wie складство, складчина (wörtlich Zusammenlegung, d. h. Zusammentreten) und товарищество (Genossenschaft) angewendet, und das Artellsmitglied wurde gewöhnlich Skladnik, manchen Orts auch Potužnik genannt.

In den alten Zeiten war die Bebauung des Bodens und das Betreiben verschiedener Erwerbszweige mit so grossen Hindernissen verbunden, dass schwächere Bauernfamilien in Gemeinschaften zusammentraten und den Boden gemeinschaftlich bearbeiteten. Manchmal führten die Theilnehmer sogar eine gemeinschaftliche Wirthschaft, d. h. sie arbeiteten auf ihren Grundstücken nicht nur gemeinschaftlich, sondern sie wohnten und verköstigten sich auch gemeinschaftlich, so dass sie eigentlich Familiengenossenschaften (Hauscommunionen, Zadrugas) bildeten. Je nachdem die Artells unter Verwandten oder blutsfremden Personen geschlossen wurden, und die im Artell vereinigten Familien eine gemeinschaftliche Wirthschaft führten, gestaltete sich eine solche Gemeinschaft verschieden. Manchmal fusste dieselbe auf verwandtschaftlichen Principien,

---

[6]) [Also Feldgraswirthschaft, Jum-System. Kohler.]

ein andermal wieder auf einer Vereinbarung, gemeinschaftlich zu leben und zu wirthschaften, und in anderen Fällen wiederum lediglich auf Grund gemeinschaftlicher Arbeit.

In Altrussland treffen wir auch auf solche Fälle von Arbeitsgenossenschaften, wo in einem Bauernhofe manchmal fremde Leute als Genossen (складники) lebten, den Boden gemeinschaftlich besassen und eine gemeinschaftliche Wirthschaft führten, aber nur für einige Jahre. Nach Ablauf einer gewissen Zeit trennten sich die Genossen von einander und theilten das gemeinschaftliche Vermögen unter einander, wie wenn es ein Familieneigenthum gewesen wäre.

Schon in Altrussland hatte das Wort „Skladstvo" ähnlich wie heute der Ausdruck Artell einen verschiedenen Sinn. Es bezeichnete eine Theilnahme an einem gemeinschaftlichen Unternehmen, ob es nun ein Handwerk, ein Geschäft, ein Gewerbe überhaupt, Errichten einer Baulichkeit oder eine gemeinschaftliche Haushaltführung war [7]).

Personen, welche in eine Gemeinschaft traten, haben einen besonderen Vertrag, welcher складная память, складная полюбовная, складная грамота, складная запись, одинашная запись hiess, geschlossen. Nicht selten entstand eine Genossenschaft durch Kaufvertrag. Der Bodenankauf erfolgte nämlich auf Kosten aller Genossen. In Form von Genossenschaften wurde der Boden auch gepachtet. Zwei oder drei Personen traten zusammen und schlossen mit dem Grundeigenthümer eine Colonia partiaria, d. h. sie pachteten gemeinschaftlich den Boden mit der Verpflichtung, ihn gemeinschaftlich zu bebauen und dem Eigenthümer statt des fixen Pachtgeldes einen Theil des Ertrages abzuführen. Mit solchen Genossenschaftern (Skladniki) vereinigten sich die sogen. Polovniki (Hälftner, Theilpächter, coloni partiarii). Dies war der Fall hauptsächlich auf Kirchengütern.

---

[7]) M. V. Kločkov, Къ вопросу о складникахъ (Zur Frage über die Gemeinschaften, im Journal des Ministeriums für die Volksaufklärung, 1901, Novemberheft).

Manchmal hatten die Artellsgenossen nur eine gewisse Bodenfläche (Wälder, Hutweiden) gemeinschaftlich, während die Felder sich in ihrer individuellen Benützung befanden. Kurz, es bestanden die verschiedensten Formen von Cooperationen, aber alle fussten auf dem Principe der Mitarbeit gerade so wie die Artells heutigen Tags.

Die Artells als die verbreitetste und manchmal auch die am längsten währende Form der Arbeitsassociationen sind ein Correctiv der ungünstigen Folgen der wachsenden Individualisation auf dem Gebiete des wirthschaftlichen und rechtlichen Lebens. Solange die Hauscommunion im slavischen Rechte noch einen festen Halt hatte und solange sie daher noch über eine hinreichende Zahl von Arbeitskräften verfügte, kamen die aus fremden, nicht blutsverwandten Elementen bestehenden Cooperationen nur in ganz ausnahmsweisen Fällen zu Stande, wo selbst die Arbeitskräfte der zahlreichsten Communion (wie z. B. bei der Brandwirthschaft) nicht genügten. Sobald aber die Familiengemeinschaften zu zerfallen begannen, und in den neuen kleinen Familien wenig Arbeitskräfte vorhanden waren, suchten die Mitglieder dieser kleinen Familien Hülfe darin, dass sie mit Mitgliedern anderer kleiner Familien zusammentraten und mit ihnen eine Arbeitsgenossenschaft bildeten, welche zuweilen eine längere, manchmal jedoch eine kürzere Zeit andauerte. Die Arbeitsassociationen waren somit ein Ersatz der aufgelösten Familienverbände, oder mit anderen Worten an Statt der Blutsverbände traten Vertragsverbände, welche bei allen Nationen einen späteren Ursprung als die Blutsverbände aufweisen.

Eine andere Organisation der menschlichen Arbeit ist auf den ersten Stufen der wirthschaftlichen und rechtlichen Entwickelung überhaupt nicht denkbar. Unter der Herrschaft der Naturalwirthschaft und bei den ersten Anfängen des Nutzenziehens aus dem Boden war es dem Einzelmenschen gar nicht möglich sich auf seine eigenen Kräfte zu verlassen. Um seine Existenz zu erhalten, musste der Mensch nicht nur gegen

die Natur, sondern auch gegen feindliche Mitmenschen ankämpfen. Und da ist es leicht begreiflich, dass er in diesem Kampfe in grösseren Verbänden, vor allem in Blutsverbänden, und wenn es solche nicht gab, in anderen Verbänden, also in Verbänden, welche aus fremden Elementen bestanden, Hülfe suchen musste.

Die Cooperationsgenossenschaften waren daher eine unumgängliche Ergänzung der Blutsverbände. Zu ihnen nahmen Leute Zuflucht, welche der aus den Verwandtschaftsverbänden sich ergebenden Vortheile nicht theilhaftig waren. Bei den Slaven, als einem Ackerbau treibenden Volke, waren von grösster Bedeutung die landwirthschaftlichen Cooperationen, obzwar neben denselben auch andere Cooperationsformen bestanden.

Neben den Artells als Cooperationen dauernder Art, mit deren entwickeltster Form man die künstlichen südslavischen Hauscommunionen vergleichen kann, wollen wir noch auf einige andere Cooperationsformen hinweisen, welche sich entweder bei allen oder wenigstens bei vielen slavischen Völkern vorfinden.

Eine der verbreitetsten solcher Formen, welche dem Rechte aller Slaven bekannt ist, ist die Sprega (спрега, супрега, sprež, supreztvo, спряга, супряга, спряжка, спрѣга, spřeha, sprzaganie się, suvez), d. h. Gespanngenossenschaft. Von den Serben bespricht sie schon Vuk St. Karadžic (in seinem Wörterbuch), es schreibt über sie auch V. Bogišić (Pravni običaji u Slovena, Die Rechtsgewohnheiten bei den Slaven, Agram 1867; Zbornik sadašnjih pravnih običaja, Sammlung der heutigen Rechtsgewohnheiten, dortselbst 1874), M. Milićevic (Живот Срба сеьака, Das Leben der serbischen Bauern, Belgrad 1894, 2. Ausg.) und viele andere Schriftsteller. Von den Gesetzbüchern der slavischen Völker enthält Bestimmungen über die Sprega nur Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro vom Jahr 1888 (neue Ausg. vom Jahr 1898), und zwar in den Art. 446—456. Was

dort unter der Sprega — Gespanngenossenschaft — verstanden wird, geht schon aus dem Sinne des Wortes hervor.

Art. 446 lautet[8]): Wenn zwei oder mehrere Personen ihre Ochsen zur Bespannung vereinigen, so wird vermuthet, dass mit denselben sämmtliche Grundstücke, welche in diesem Jahre bei den Gesellschaftern zu beackern sind, geackert werden sollen, ohne Rücksicht darauf, ob bei einem Gesellschafter mehr, bei einem anderen weniger zu beackern ist. . . .

Art. 447: Die Reihenfolge, in welcher die Ochsen bei jedem einzelnen Gesellschafter zu ackern haben, wird dadurch bestimmt, wie es dieselben einverständlich mit Rücksicht auf das Bedürfniss des Einzelnen und Aller festsetzen; doch wird in der Regel angenommen, dass die Arbeit in der Reihenfolge nach Tagen zu verrichten sei, derart, dass heute bei einem, den nächsten Tag bei einem anderen u. s. w. mit der Arbeit so lange vorzugehen sei, bis sämmtliche Grundstücke geackert sind.

Art. 448: Hat ein Spregagesellschafter (спрежник, Gespanngenosse) eine grössere Anzahl von Ochsen in die Bespannungsgesellschaft als der andere eingebracht, so wird die Reihenfolge der Arbeitstage nach einander nach der Anzahl der Ochsen bestimmt; es werden z. B. die in die Bespannung gegebenen Ochsen bei demjenigen, der nur einen Ochsen in die Bespannung gegeben hat, nur einen Tag ackern; bei demjenigen, der zwei Ochsen hat, zwei auf einander folgende Tage u. s. w. bis zur Beendigung der Reihenfolge; sodann in derselben Reihenfolge weiter, bis die Beackerung sämmtlicher gesellschaftlichen Grundstücke beendet wird.

Art. 449: Wird bei einem Gesellschafter eine grössere Fläche abgeackert als bei einem anderen, so wird für das mehr Geackerte denjenigen, welche weniger Grundstücke

---

[8]) Wir citiren nach der deutschen Uebersetzung von Adalbert Shek, Allgem. Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro (Berlin 1893).

haben, eine anderweitige ausdrückliche Vereinbarung ausgenommen, keine Vergütung geleistet. Doch sollen die Gesellschafter ohne ausdrückliche Vereinbarung mit den in die Bespannung gegebenen Ochsen einen Neubruch nicht ackern.

Art. 450: Derjenige (d. h. der Gespanngenosse), bei dem die Ochsen arbeiten, hat dieselben zu füttern und zu warten, wie ein ordentlicher Hausvater sein eigenes Vieh warten und füttern würde. Demnach haftet dieser Gesellschafter den anderen für allen Nachtheil, welcher ihren Ochsen durch sein oder seiner Hausleute Verschulden zustossen würde.

Art. 451: Ob auch die Gesellschafter selbst (d. h. persönlich, durch ihre eigene Arbeit) demjenigen, bei dem die in Bespannung gegebenen Ochsen arbeiten, auszuhelfen haben, in welcher Art und Reihenfolge, dies wird durch gegenseitige Vereinbarung bestimmt. — Liegt darüber keine Vereinbarung vor, so ist sich nach den Anordnungen über Arbeit und Aushülfe mit oder ohne Rückerstattung zu benehmen.

Art. 452: Wenn ein zur Bespannung gegebener (gespanngenossenschaftlicher) Ochs durch einen Unglücksfall und ohne Verschulden eines Gesellschafters verendet, so trägt den Schaden derjenige, dem er gehört, und es hat derselbe, um in der Gesellschaft zu bleiben, den abgängigen Ochsen zu ersetzen.

Art. 453: Kein Gesellschafter ist ohne Einwilligung der Uebrigen berechtigt, mit seinem zur Sprega gegebenen Ochsen einem Dritten zu helfen, und zwar solange nicht sämmtliche Grundstücke der Spregagenossen beackert sind; widrigenfalls haftet er für den daraus entstehenden Schaden. Würde er diesen Unfug wiederholen, so sind die Gesellschafter ausser dem Schadenersatz noch die Ausschliessung eines solchen Gesellschafters aus der Sprega zu fordern berechtigt.

Art. 454: War die Dauer der Sprega nicht bestimmt, so bleibt es einem jeden Gesellschafter überlassen, in welchem Zeitpunkte er seinen Austritt aus der Gesellschaft den Uebrigen anzeigen will, doch soll er diese Anzeige mindestens einen

Monat vor Beginn der neuen Ackerperiode erstatten. — Die Spregagesellschaft darf, den Fall ausgenommen, dass ihrer Fortdauer sehr bedeutende Hindernisse entgegentreten, vor Beendigung der begonnenen Ackerung nicht aufgelöst werden.

Art. 455: Wenn die Gesellschafter auch nach Ablauf der zur Sprega festgesetzten Zeit die Arbeiten fortsetzen, ohne den Vertrag zu ändern, so wird vermuthet, dass die Bestimmungen des vorherigen Vertrages auch in Hinkunft wirksam zu verbleiben haben.

Art. 456: Werden Ochsen zu irgend einer anderen Arbeit in Bespannung gegeben, so ist sich dabei nach der Gewohnheit und den Anordnungen dieses Abschnittes zu benehmen, insofern dieselben auf einzelne Fälle anwendbar erscheinen. — Dasselbe gilt von der Spregagesellschaft mit Pferden und anderem Zugvieh, welches bei verschiedenen Arbeiten zur Bespannung gegeben werden kann.

Wie wir gesehen, wird die Sprega in Montenegro hauptsächlich behufs der Bebauung von Feldern geschlossen, obzwar sie auch zu anderen wirthschaftlichen Zwecken errichtet wird. Es werden am häufigsten Ochsen, seltener Pferde oder anderes Zugvieh zusammengespannt. Auf die persönliche Arbeit der Gespanngenossenschafter hat diese Form der Cooperation keinen Bezug, ausser es wäre dies ausdrücklich vereinbart worden. Gemeinschaftlich wird nur die Arbeit des gespanngenossenschaftlichen Viehes.

Während man in Montenegro gewöhnlich mit einem Hakenpflug ackert, in welchen nur ein Paar Ochsen eingespannt wird, benützt man in einigen anderen südslavischen Gegenden den grossen Pflug, in welchen drei oder gar vier Paar Ochsen eingespannt werden. Es ist begreiflich, dass nur wenige Bauernfamilien so viel eigenes Vieh besitzen, dass sie mit ihm den eigenen Boden bebauen können. Die Sprega (oder Suvez, wie man dieselbe in Bosnien und der Hercegovina auch nennt) ist in Folge dessen eine gewöhnliche Erscheinung des bäuerlichen Wirthschafts- und Rechtslebens.

In Slavonien, in der Umgebung der Stadt Vinkovci, wird jegliche Arbeitsassociation — also nicht nur die auf das Zugvieh Bezug habende Genossenschaft — mit dem Worte Sprega oder Sprež bezeichnet.

Bei den Serben war die Sprega in früherer Zeit eine so verbreitete Erscheinung, dass die Spregatheilnehmer sich sozusagen als Verwandte ansahen, obzwar sie in Wirklichkeit blutsfremde Leute waren.

In Bulgarien ist die Sprega in verschiedenen Formen bekannt. Nach Marinov (Жива Старина, Noch lebende Altgewohnheiten IV, 1894, S. 326 ff.) sind zwei ihrer Arten zu unterscheiden: Sprežňaci (спрѣжньъци, d. h. Theilnehmer der Sprega) und Otorica (оторица, d. h. Ackerbaugenossenschaft) oder Sprega, bei welcher zweiten Form wiederum zwei Abarten vorkommen. Die Sprežňaci treten in dem Falle zusammen, wo ein noch nicht gepflügter Boden (die sogen. Celina)[9]) urbar gemacht werden soll. Zu diesem Behufe wendet man vier bis fünf Paar Ochsen, Kühe oder Büffel an, da ein Paar (Jarém, Čift) mit dem Pflug nicht rühren würde. Einige Paar Zugvieh besitzt aber der bulgarische Bauer nicht, und deshalb vereinigen sich mehrere Bauern. Die Bedingungen, unter welchen die Sprežňaci zusammentreten, sind folgende: 1. Die Cooperation darf nicht weniger als fünf Paar Vieh besitzen. 2. Jeder Sprežňak muss nicht nur sich selbst verköstigen, sondern auch seine Ochsen füttern. 3. Zu jedem Paar Ochsen muss ein jeder Theilnehmer einen Mann stellen, theils um die Ochsen anzutreiben, theils um sich um dieselben anderweitig zu kümmern. Es kann dies auch ein Knabe vom 12. bis 15. Jahr sein. 4. Die Ochsen, Kühe oder Büffel, wären sie auch nicht gleich stark, werden als gleichwerthig

---

[9]) Dieses erste Ackern heisst bulgarisch „cepiti“, d. h. (den Boden) spalten, klieben. Einen ähnlichen Ausdruck für das erste Ackern — proscindere — hatten schon die Römer; zum zweiten Male ackern hiess offringere, zum dritten Male lirare. Vgl. Varro, Rerum rusticarum libri tres, I, 29, 2 (Ed. Keil, Leipzig, 1889).

angesehen, und es wird zwischen ihnen kein Unterschied gemacht. 5. Der neugewonnene Boden (Neubruch) wird mit Mais besäet, und zwar durch vier Jahre hindurch. 6. Während dieser vier Jahre wird der Boden als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen und darf weder verpfändet noch veräussert werden. 7. Nach Ablauf von vier Jahren wird er unter die Sprežňaci vertheilt, und Jedermann bebaut dann seinen Theil. 8. Die Theilung geschieht zu gleichen Theilen, der Boden wird nämlich in fünf gleiche Theile getheilt. 9. Auf den Pflug entfällt ein besonderer Theil, der zehnte, d. h. für denjenigen Gespanngenossenschafter, dem der Pflug gehört, pflügt man von je zehn Tagen einen Tag oder von je zehn Furchen eine Furche.

Ehemals, als es in Bulgarien noch viel unbestellten Boden gab, war die Gespanngenossenschaft dieser Form sehr verbreitet, ja unumgänglich. Ohne die Sprežňaci war eine Bodenbebauung überhaupt nicht denkbar, weil der Grund sonst nicht urbar gemacht werden konnte.

Nachdem der einst ungepflügte Boden in Felder umgewandelt worden war, und zum Ackern derselben nicht mehr vier bis fünf Paar Ochsen nothwendig waren, bekam die Gespanngenossenschaft eine neue Form, genannt Otorica (Ackerbaugenossenschaft) oder Sprega, welche, wie schon gesagt, in zwei Abarten vorkommt. Zuweilen braucht man nämlich zum Pflügen des Feldes zwei Paar Zugvieh, ein andermal jedoch nur ein Paar. Wenn die Bauern (gewöhnlich Nachbarn) nicht genug eigenes Vieh besitzen, vereinigen je zwei von ihnen ihre Ochsen. Im ersteren Falle stellt Jedermann ein Paar Vieh, im zweiten (wenn ein Paar genügt) bloss ein Stück Vieh. Während bei den Sprežňaci der Neubruch durch vier Jahre hindurch gemeinschaftliches Eigenthum aller Mitglieder der Vereinigung bildet, hat bei der Otorica jedes Mitglied seinen eigenen Boden. Mit dem zusammengespannten Vieh wird abwechselnd bei dem einen und bei dem anderen Mitglied geackert, z. B. einen Tag bei einem, den zweiten Tag

beim anderen, oder zwei Tage bei dem einen und zwei Tage bei dem anderen, und dies so lange, bis alle Felder beider Mitglieder gepflügt sind.

Nach Bobčev (Сборникъ на Българскитѣ юридически обичаи II, Sammlung der bulgarischen Rechtsgewohnheiten, Sofia 1902) wird in der Umgebung von Pleven unter der Sprega jene Art von Association verstanden, wo zwei Leute, welche das verkaufte Getreide irgend wohin zuführen sollen, und desselben so wenig ist, dass es auf einen Wagen verladen werden kann, sich derart vereinigen, dass sie den Wagen des einen nehmen, beide je einen Ochsen geben, diese in den Wagen spannen, und das Getreide wegführen. Dies geschieht auch dann, wenn das verkaufte Gut zwar auf einen Wagen zu verladen geht, aber ein Paar Ochsen es auf einem Wagen nicht ziehen kann. In diesem Falle borgen sie sich von den Nachbarn Ochsen aus, spannen 2 Paare in einen Wagen und führen die Waaren auf diese Art fort.

Im Umkreise von Alt-Zagora ist es Brauch, dass die Bauern ihr Zugvieh (seien es Pferde oder Ochsen) als auch die Wagen zu verschiedenen wirthschaftlichen Zwecken vereinigen. Mehr als zwei oder drei Bauern treten auf diese Art nicht zusammen.

In der Umgebung von Trn sagen die Bauern, welche ähnliche Arbeitsassociationen abschliessen, dass sie sich „vermengen“. — Der allgemein übliche Ausdruck, mit welchem in Bulgarien die Arbeitsassociationen bezeichnet werden, ist съортачване (Vereinigung, das Aneinandergesellen).

Der Brauch, sich zur Sprega zu vereinigen (спрягаться, супрягаться), ist besonders in Russland verbreitet, wo diese Cooperation in der Vereinigung von Menschenkräften, Zugvieh und Wirthschaftsgeräthen behufs der Bodenbebauung oder zur Ausführung irgend einer anderen Arbeit besteht. Vor einiger Zeit haben in Russland ganze Gemeinden solche Cooperationen geschlossen. Nach F. Ščerbina[10]) haben einzelne Gemeinden

---

[10]) Очерки южнорусскихъ артелей (Abriss südrussischer Artells, Odessa 1881).

im Kreis Olgopol in Podolien erst vor 50 bis 60 Jahren Gespanngenossenschaften (спряжки) behufs der Gemeindebodenbebauung anzuwenden aufgehört. „Häufig geschieht es noch heute,“ schreibt weiter Ščerbina, dessen Buch im Jahr 1881 erschienen ist, „dass an manchen Stellen in Südrussland (wie es beim Baue der Kirche in einer Gemeinde im Kreis Dněrp war und noch heutzutage im Kreis Skvira des Gouvernements Kijev u. a. O. üblich ist) ganze Ortschaften Gespanngenossenschaften bilden, wenn man z. B. den Kirchenboden zu pflügen und einen Boden, dessen Ertrag für kirchliche oder Gemeindebedürfnisse verwendet werden soll, zu ackern oder zu bebauen hat.

Nach Ščerbina und anderen Forschern kommt die Sprjaga in ganz Südrussland, in Klein- und Neurussland, sowie im Kaukasus vor.

Die russischen Gespanngenossenschaften (Sprjažki) setzen folgende Elemente voraus: 1. Arbeitskräfte (der Hauptarbeiter wird Pluhatyr, die Ochsenantreiber Pohonyči genannt), 2. landwirthschaftliche Geräthschaften: einen grossen Pflug, einen Hakenpflug und Eggen, 3. das Zugvieh: Ochsen und in seltensten, fast Ausnahmefällen Pferde. Die Gespanngenossenschafter nehmen also an diesen Genossenschaften entweder mit ihrer Arbeit oder mit ihrem Capital oder mit beiden zugleich Theil.

Die Verköstigung der Gespanngenossenschafter geschieht mittelst Lebensmittelbeiträgen (Skladčina), d. h. Jedermann bringt sich den entsprechenden Antheil an Nahrungsmitteln mit. Es wird jedoch gemeinschaftlich gekocht und gegessen. Auch das Vieh wird mittelst dieser Skladčina gefüttert, d. h. ein jeder Theilnehmer liefert so viel Heu, als zur Fütterung seines Viehes nothwendig ist. Die Zuweisung von Arbeiten, welche auf einen jeden Gespanngenossenschafter entfallen, sei es nun, dass er mit eigener Arbeit oder mit seinem Zugvieh und Geräthe an der Sprjaga theilnimmt, geschieht fast in ganz Südrussland folgendermassen: Auf denjenigen Bauern, welcher in die Gespanngenossenschaft den Pluhatyr oder ein Paar

Ochsen oder den Pflug stellt, entfällt ein ganzer Tag des Pflügens; auf denjenigen jedoch, welcher nur einen Antreiber schickt, entfällt durchschnittlich die Hälfte eines Tages. In Anbetracht dessen, dass man in den schweren kleinrussischen Pflug in der Regel drei Paar Ochsen — manchmal sogar vier, fünf oder gar sechs Paar — einspannen muss, entfallen auf drei Paar Ochsen drei Tage, auf den Pluhatyr der vierte und auf den Eigenthümer des Pfluges der fünfte Tag des Ackerns. Der Antreiber hat das Recht, für seinen Wirth — je nach dem Alter — den achten, neunten oder gar nur den zwölften Tag zu pflügen. Der Antheil des Antreibers wird aber häufig durch Geldlohn geleistet, welcher auf die Gespanngenossenschafter nach ihrer Theilnahme an der Association verhältnissmässig repartirt wird. Manchmal wird die Arbeit des Antreibers überhaupt nicht beachtet, da für seinen hinlänglichen Lohn die von ihm verzehrte Nahrung betrachtet wird.

Die erwähnten Gespanngenossenschaften verrichten ihre Arbeiten hauptsächlich im Herbst oder im Frühling, nämlich zu Zeiten, wo geackert und gesäet wird. Eine solche Cooperation existirt am längsten zwei oder drei Monate, zuweilen bloss eine oder zwei Wochen.

Nach S. J. Derunov (Jakuškin, Gewohnheitsrecht II, S. 438) ist es in dem Dorfe Kozmodemjanskoje (Bezirk Ščetin, Kreis Pošechoňje, Gouvernement Jaroslavl) Brauch, insgemein zu dreschen (смолачиваться) und sich gespanngenossenschaftlich zusammenzuschliessen (спрягаться), d. h. einige Familien vereinigen sich zu dem Zwecke, um sich gemeinschaftlich nach einander das Getreide auszudreschen oder gemeinschaftlich andere Arbeiten, wie z. B. das Ausführen des Düngers, zu verrichten. Wenn die vereinigten Familien die gleiche Anzahl Arbeitskräfte aufzuweisen nicht vermögen, gleicht die weniger Mitglieder zählende Familie die Ungleichheit des Verhältnisses entweder mit Geld oder mit Arbeit aus.

Auch die Polen kennen die Gespanngenossenschaft (sprząganie się). In den längs der südlichen Raab (Raba) in

Galizien in der Nähe von Neumarkt gelegenen Dörfern schliessen je zwei und zwei arme Bauern, welche nur je ein Pferd besitzen, eine Gespanngenossenschaft. Sie vereinigen ihre Pferde zu einem Paare, mit dem sie ackern und Fuhrarbeiten besorgen. Da sie an der Genossenschaft gleichermassen theilnehmen, haben beide Gespanngenossenschafter (sprzężnicy) auf eine gleiche Anzahl von Arbeitstagen Anrecht. In Folge dessen kann derjenige Theilnehmer, der weniger Grund besitzt, oder derjenige, auf welchen weniger Arbeitstage entfallen, mit der Pferdebespannung so lange bei fremden Leuten auf Verdienst arbeiten, bis die Zahl der Arbeitstage beider Theilnehmer ausgeglichen wird. Beide Gespanngenossenschafter können das vereinigte Paar Pferde vermiethen und den Gewinnst unter sich theilen[11].

Schliesslich wollen wir noch einige Belege für die Gespanngenossenschaft (spřeha) aus Mähren anführen. Von den Juristen hat zwar keiner dieser Form von Cooperation seine Aufmerksamkeit zugewendet, aber die böhmischen Philologen und Sammler des dialektologischen Materials haben diese Institution wohl beachtet. So führen z. B. Kott in seinem böhmisch-deutschen Wörterbuche und Bartoš in seiner Dialektologie (II. Bd., S. 388) Belege für Gespanngenossenschaften aus verschiedenen mährischen Gegenden an. Nach Bartoš existirt die Gespanngenossenschaft (spřeha) in der Hanna, nach Kott in der Umgebung von Ostrau, in der Walachei und auch anderen Orts in Mähren. Nach einem anderen, bisher ungedruckten Berichte kommt die Spřeha auch unter den mährischen Slovaken zur Anwendung. In dem Dorfe Ždanovic z. B. haben viele Landleute nur je ein Pferd, weshalb sich je zwei und zwei Nachbarn oder Verwandte, wenn sie ackern wollen, gespanngenossenschaftlich vereinigen. In einem solchen

[11]) Świętek, Zwyczaje i pojęcia prawne ludu nadrabskiego (Bräuche und Rechtsauffassungen der Bevölkerung an der Raab, erschienen in den Anthropologisch-archäol. und ethnograph. Materialien der Krakauer Akad., II, 1897, S. 185).

Falle stellt gewöhnlich der eine von ihnen noch einen Pflug, der andere noch Eggen. Manchmal haben sie noch eine gemeinschaftliche Dreschmaschine. Arbeitskräfte stellen beide Familien.

Wenn wir auch einstweilen von der Spřeha in Mähren nur diese spärlichen Nachrichten haben, so ist aus denselben, insbesondere aus den Ausdrücken spřeha, spřáhati se, spřežník dennoch ersichtlich, dass es sich da um ein und dasselbe Rechtsinstitut handelt, welches bei allen übrigen Slaven vorkommt.

Eine andere Cooperationsform sind die Arbeitsassociationen, welche in der Regel nur einige Stunden währen und darin bestehen, dass den Nachbarn bei verschiedenen Wirthschaftsarbeiten Hülfe geleistet wird, wobei entweder die gegenseitige Hülfe vereinbart oder vorausgesetzt wird, dass im Nothfalle eine ähnliche Hülfe aus freien Stücken geleistet wird. Diese Associationsform bedarf keiner Organisation.

Der Brauch, sich bei den Feld- und anderen Arbeiten gegenseitig Hülfe zu leisten, ist bei der Bauernbevölkerung aller slavischen Länder verbreitet. Die Russen nennen solche gegenseitige Hülfeleistungen der Bauern „Beihülfen“ (помочи, grossrussisch) oder „Arbeit“ (толока [12]) kleinrussisch). Solche cooperative Hülfeleistungen werden bei verschiedenen bäuerlichen Arbeiten angewendet. Sie kommen gewöhnlich beim Mähen und Einführen des Heues, beim Schnitt und Fechsen des Getreides, bei der Holzzufuhr, beim Einbringen des Krautes, beim Aufbau von Oefen, bei der Errichtung von Wohn- und Wirthschaftsbaulichkeiten, manchmal auch bei deren Ueberführen (bei hölzernen Bauten ist dies dort eine ganz gewöhnliche Erscheinung), bei der Düngerausfuhr u. s. w. in Anwendung.

---

[12]) Vgl. den kroatischen Ausdruck Tlaka (= 1. Frohnarbeit, 2. die obangeführte gegenseitige Hülfeleistung. In der Station Olšanka (Gouv. Podolien) kommt das Wort Klaka (anstatt Tlaka) vor. — Jakuškin, a. a. O. II, Z. 1019.

Die Toloka besteht darin, dass einem armen Bauern, welcher nicht genug Arbeitskräfte besitzt, oder auch einem reicheren, der mit seinen eigenen Leuten seine wirthschaftliche Arbeit nicht bewältigen kann, das ganze Dorf zu Hülfe kommt und in einigen wenigen Stunden so viel Arbeit verrichtet, dass sonst mehrere Leute, auch wenn sie einige Tage hindurch arbeiten würden, nicht im Stande wären, dieselbe zu vollbringen.

Für ihre Arbeit erhalten die Hülfeleistenden (толочане) ausser blosser Bewirthung keine Belohnung. Der Brauch erfordert es, dass für die Theilnehmer an der Toloka nicht die gewöhnliche tägliche Kost, sondern bessere Speisen zubereitet werden, und je reicher die Person ist, für welche gearbeitet wird, desto grössere Anforderungen werden an dieselbe gestellt. Die Vodka wird in solchen Fällen in der Regel als ein unumgänglich nothwendiges Getränk angesehen, obgleich manchen Orts (z. B. bei Raskolniken im Bezirke Piněga, Kreis Orlov, Gouvernement Vjatka, wo fast alle Arbeiten durch gegenseitige Hülfeleistung, „v krugovuju“, vollbracht werden) bei solchen Arbeiten weder Schnaps noch Wein getrunken wird.

Ein interessantes Detail über das Recht auf Bewirthung theilt uns Fürst N. Kostrov in seinem Buche Юридическіе обычаи крестьянъ старожиловъ Томскойгуб. (Die Rechtsgewohnheiten der altsässigen Bauern im Gouvernement Tomsk, Jakuškin, a. a. O. II, Z. 2289) mit. Mit Wein werden die Theilnehmer an der Toloka sowohl vor dem Mittagessen als auch nach beendigter Arbeit bewirthet. Wenn Jemand keinen Wein trinkt, bringt er gewöhnlich Jemanden von seinen Anverwandten mit und überlässt ihm seinen Theil. Diese Person heisst „Hintersass“ (Zachrebetnik, vom Chrebet = Rücken, weil er sozusagen hinter dem Rücken desjenigen, welcher gearbeitet hat, steht). Wenn kein „Hintersass“ da ist, hat der Theilnehmer an der „Hülfe“ (помочанинъ, помочанка) das Recht, den ihm zufallenden Wein nach Hause mitzunehmen.

Nach Šcerbina wird die Toloka in Kleinrussland sehr oft zu Gunsten der Geistlichkeit und überhaupt zu öffentlichen,

religiösen und Cultuszwecken geübt. So mähen z. B. im Kreise Skvira (Gouvernement Kijev) mittelst der Toloka einzelne Gemeinden den Grossgrundbesitzern das Getreide, dreschen es ebenfalls mittelst Toloka und spenden das so gewonnene Geld an Schulen oder Kirchen. Die Toloka existirt namentlich im Gouvernement von Kijev, Volhynien, Podolien, Poltava, Černigov, Charkov, Voroněž, Jekaterinoslav, Cherson, in einem Theil des Gouvernements von Kursk und in Taurien, dann in der Provinz des Donschen Heeres, im Kuban'schen und Ter'schen Landstrich und in Bessarabien.

Dieselbe Form der Cooperation wie die russische Toloka kennen auch die Südslaven. Es ist dies die Moba (verkürzt aus Molba = Bitte, also Bittarbeit) oder Tlaka (bulgarisch тлъка, тлака, помощь, харь, меджия, мижия). Kunde von ihr geben uns: Vuk St. Karadžić (in seinem Wörterbuche, das Wort моба), Bogišić (Die Rechtsgewohnheiten bei den Slaven, S. 188 und 189; Sammlung der heutigen Rechtsgewohnheiten, S. 482—485), Krauss (Sitte und Brauch der Südslaven, S. 151 und 152), Milićević (Das Leben der serbischen Bauern, S. 140), Marinov (a. a. O. III, S. 335—339; IV, S. 412—414), Bobčev (a. a. O. II, S. 271—278) u. A. Von den Gesetzen spricht von ihr das Allgemeine Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro (IX. Abschnitt, III. Theil, Von der Arbeit und Aushülfe mit oder ohne Rückerstattung, Art. 341—347). Die Moba wird dort im Art. 345 als Hülfe ohne Verpflichtung zur Gegenleistung bezeichnet, d. h. wer fremde Leute zur Moba einladet, muss sie dem Brauche gemäss verköstigen, ist aber weder verpflichtet, ihnen für die Arbeit zu zahlen, noch seinerseits ihnen auf die Moba zu gehen, wenn sie ihn darum ersuchen würden. Anrecht auf Verköstigung haben auch diejenigen Leute, welche zur Moba gekommen sind, ohne geladen zu sein, und aus freien Stücken Hülfe leisteten, wenn sie nur vom Wirthe angenommen wurden (Art. 346). Wenn ein Dorf, ein Bratstvo u. A. einverständlich einer Wittwe, einer Waise, einem Abgebrannten oder

irgend einem Bedürftigen mit der Arbeit aushilft, so ist derjenige, dem gearbeitet wird, mag die Arbeit an einem Feier- oder Werktage stattfinden, weder die Arbeiter zu verköstigen, noch die Arbeit zu entlohnen, oder abzuarbeiten verpflichtet (Art. 347).

Eine andere Art der Cooperation in Montenegro ist rad na uzajmicu, Die Arbeit (Hülfe) mit Verpflichtung der Gegenleistung. Wer fremde Leute einladet, um für ihn „na uzajmicu" zu arbeiten, d. h. wer sich verpflichtet, den Hülfeleistenden im Nothfalle auch selbst mit Arbeit auszuhelfen, muss die geladenen Leute dem Brauche gemäss verköstigen und ausserdem auch das Vieh, welches sie mitbrachten, füttern, und natürlich, wenn er dann selbst zur Arbeit aufgefordert wird, der Einladung Folge leisten (Art. 341 und 342). Wer der Aufforderung nicht nachkommt, ist verpflichtet, den Werth der unvollbrachten Gegenarbeit zu ersetzen und nebstdem auch den Schaden, wenn einer entstanden ist (Art. 342). Der Hülfeleistende hat nicht das Recht, von demjenigen, für den er gearbeitet hat, zu verlangen, dass er den Gegendienst statt ihm einem anderen leistet. Thut dies jedoch der Aufgeforderte aus freiem Willen, so darf er hierfür keinen Ersatz fordern, und zwar weder an Arbeit noch an Geld (Art. 343). Das Anrecht auf gegenseitige Hülfe währt nur ein Jahr, so dass nach Ablauf eines Jahres, seit die durch Arbeit unterstützte Person die letzte Hülfe erhalten hat, jedes Recht erlischt, eine Gegenhülfe zu beanspruchen (Art. 344).

Auf die Moba gehen die Südslaven gewöhnlich an den kleineren Feiertagen, an welchen sie nicht für sich selbst arbeiten. An der Moba nimmt gewöhnlich die Jugend Theil, Knaben und Mädchen, auch jüngere verheirathete Männer und junge Frauen. Es wird bei ununterbrochenem Scherz und Gesang gearbeitet, nach der Arbeit bis in die tiefe Nacht getanzt, gesungen und geschwatzt. Gerade so wie in Russland werden auch bei den Südslaven die Theilnehmer an der Moba (mobari, umobnici) reichlich bewirthet.

Ein ähnliches Wort, wie den montenegrinischen Ausdruck „uzajmica“, kennt man auch im westlichen Bulgarien, wo die Tlaka (Medžija) mit der Verpflichtung zur Gegenarbeit „zareda“, d. h. Arbeit der Reihe nach, resp. gegenseitige Arbeit genannt wird. In der Umgebung von Vidin nennt man sie uzájem.

Bei den Böhmen und Polen ist zwar der Brauch der gegenseitigen Hülfe bei Feldarbeit seltener geworden, trotz alledem ist er jedoch noch nicht verschwunden. Nach dem Bericht Škrdle's aus Kardaš-Řečic helfen sich zunächst die Verwandten. In der Noth aber leihen sich die Bauern gegenseitig auch Wagen, ja selbst die Bespannung. Baut Jemand ein neues oder abgebranntes Haus auf und kauft zu diesem Zwecke Holz, Ziegel, Dachziegel und Kalk ein, geht er im Dorf herum, und Jeder, der nur kann, „macht ihm eine Fuhre“. Demjenigen, der abgebrannt ist, helfen nebstdem die Nachbarn mit Stroh, Heu, Getreide aus und die Verwandten auch mit Lebensmitteln (mit Brod oder Mehl). Ist das Feuer im Herbst ausgebrochen, nehmen die Verwandten das Vieh des Abgebrannten nach Stücken zu sich und füttern es über den Winter umsonst. Demjenigen, der baut, helfen die Bauern, ja selbst die Häusler beim Zuschneiden des Holzes und bei der Errichtung des Dachstuhls. Alle werden hierfür zum Essen geladen, zu welchem die Bäuerinnen Milch beisteuern. Bei allen diesen Hülfsarbeiten, sei es Handarbeit oder Arbeit mit Gespann, finden sich des Abends bei dem Landwirth alle Gehülfen ein, um sich am Bier zu laben und Brod und Käse zu essen.

Was hier Škrdle von dem Usus erzählt, der in der Umgebung von Kardaš-Řečic vorkommt, ist auch aus anderen Gegenden Böhmens und Mährens bekannt.

Aus dem polnischen Gebiete kann man ähnliche Gebräuche anführen. Längs des südlichen Theiles der Raba, in der Nähe von Neumarkt in Galizien, nennt man diesbezügliche gegenseitige Hülfsarbeit wygodzenie, poratowanie, dospomożenie, spórka.

Man könnte einwenden, dass die unentgeltliche Hülfeleistung dieser Art nicht in das Gebiet des Rechtes gehöre, sondern dass es sich da lediglich um einen blossen Mitleidsact dem bedürftigen Nächsten gegenüber, also um Werke der Mildthätigkeit, somit um die Sphäre blosser Moral handle. Ein oberflächlicher Beobachter würde vielleicht eine solche Einwendung ohne Weiteres annehmen, in Hinsicht darauf, dass das Recht eine erzwingliche Ordnung der menschlichen Gesellschaft darstellt, wogegen wir in unserem Falle von der Erzwinglichkeit bisher nichts gehört haben. Und doch würden wir eine solche Meinung als unrichtig betrachten. Es handelt sich da nämlich um ein Gewohnheitsrecht, welches nur dem Bauernvolke bekannt und nur von ihm auch beobachtet wird. Derjenige Angehörige der Landbevölkerung, welcher, nachdem er von seinen Nachbarn eine solche Hülfeleistung angenommen hat, sich weigern würde, im Nothfalle seinerseits ihnen gegenseitig zu helfen, könnte von der öffentlichen Staatsgewalt, welche die erwähnten Bräuche weder kennt noch anerkennt, zur gegenseitigen Hülfe zwar nicht genöthigt werden, aber ein solcher Mensch würde sich selbst aus jener Gesellschaft ausschliessen, an welche er mit allen seinen Lebensbanden gefesselt ist, und dürfte in Zukunft nie mehr auf irgend welche Mithülfe seitens seiner Nachbarn rechnen. Wenn auch hier also keine amtliche Erzwinglichkeit Platz greift, so besteht doch eine Erzwinglichkeit seitens der Gesellschaft, für welche gewisse Normen des Gewohnheitsrechtes Geltung haben. Andererseits muss man wohl zugestehen, dass in diesem Falle das Gebiet des Rechtes und die Sphäre der Moral sich so enge berühren, dass es wirklich schwer fällt, ihre Grenzen zu bestimmen.

Neben den Cooperationen im eigentlichen Sinne des Wortes, d. h. neben Vereinigungen von einer grösseren Anzahl Leute zwecks der Durchführung irgend welcher wirthschaftlichen Arbeit, kennt das Gewohnheitsrecht einzelner slavischer Völker auch solche Arten von Cooperationen, wo bloss zwei Personen

sich gegenseitig aushelfen, und zwar derart, dass der eine von ihnen für den anderen eine gewisse Arbeit unter der Bedingung leistet, dass der andere für ihn eine Arbeit anderer Art vollführen wird. Solche Vereinbarungen werden aus dem Grunde geschlossen, weil die Bauern in der Regel nicht das genügende Geld haben, um für die bestellte Arbeit Lohn zu zahlen. Zum Arbeitsäquivalent wird also wieder nur Arbeit. In Bosnien und in der Hercegovina sind solche Vereinbarungen an der Tagesordnung. Zum Beispiel ein Bauer ackert einem anderen, und dieser andere behackt wieder dem ersteren seinen Weinberg oder erweist ihm einen anderen Dienst (stellt zu seiner Disposition ein Saumthier oder führt ihm auf demselben eine gewisse Last zu u. s. w.). Solche (mündliche) Vereinbarungen werden von den Gerichten wohl respectirt, und mit Streitigkeiten, welche durch ihre Nichteinhaltung entstanden sind, haben die Gerichte täglich zu thun. Die Tagarbeit eines Menschen wird gewöhnlich als gleichwerthig mit der Zugkraft eines Pferdes für einen Tag betrachtet. Es beträgt nämlich der Taglohn z. B. bei Mostar 80 Kreuzer (zur Zeit der Bearbeitung der Weinberge 1 fl.), und die Miethe für ein Pferd pro Tag beträgt in der Regel ebenfalls 80 Kreuzer bis 1 fl. Das Pferd füttert natürlich derjenige, der es benützt.

Auch aus Mähren lassen sich Fälle einer ähnlichen Cooperation anführen. In Stavěšic bei Gaya verpflichten sich die Häusler, mit ihrer ganzen Familie den Bauern für das ganze Jahr zu arbeiten, und bedingen sich hierfür in der Winterszeit einen „Sechser“ täglich und die tägliche Kost (welche sie auch ihren Kindern nach Hause tragen), im Sommer, glaube ich, zwei „Sechser“ und die Kost. Nebstdem ist aber der Bauer verpflichtet, die Grundstücke des Häuslers mit seiner Bespannung und seinem Geräthe zu bearbeiten, das Holz aus dem Walde für ihn zu führen und überhaupt Fuhrmannsarbeit (auf den Markt, um Kohle, zum Arzt oder um den Geistlichen u. s. w.) zu leisten.

Nicht minder interessant als die obangeführten Coopera-

tionen sind die auf das Vieh Bezug habenden Associationen. An erster Stelle sei die in Montenegro vorkommende Weidegenossenschaft, die sogen. Supona erwähnt, welche, wie schon aus dem Worte selbst hervorleuchtet, eine Vereinigung (supona = spona, böhmisch spojení), also sprachlich dasselbe[13]) wie sprega bedeutet.

Die Supona besteht darin, dass einige Landwirthe, welche nicht genug Leute zum Weiden des Viehes haben, ihr Vieh nach einzelnen Gattungen zu einigen Herden vereinigen, so dass z. B. die Ochsen und Kühe eine Herde, die Ziegen eine zweite, die Schafe eine dritte, die Lämmer und Zicklein eine vierte Herde bilden. Für eine jede Herde bestimmen die Suponici (die Vieheigenthümer, welche die Supona geschlossen haben) einen besonderen Hirten. Die Supona wird gewöhnlich von zwei bis drei Landwirthen (Vieheigenthümern) geschlossen. Eine aus einer grösseren Anzahl von Theilnehmern bestehende Supona wäre nicht vortheilhaft, weil grössere Herden nicht auf einen Weideplatz getrieben werden könnten.

Einzelne wohlhabendere Landwirthe besitzen 150 bis 250 Stück Vieh (Ochsen, Kühe, Schafe, Ziegen). Zicklein und Lämmer weiden gewöhnlich bei den Katunen (Hirtenniederlassungen) und können selbst von Kindern (bis zu 10 Jahren) gehütet werden. Erwachsene Hirten sind nur für Ochsen und Kühe, Schafe und Ziegen vonnöthen. Ein Vortheil der Supona besteht darin, dass ein jeder Landwirth ohne dieselbe so viel Hirten haben müsste, als er Herden von jeder Viehgattung besitzt. Bei der Supona ist dies jedoch nicht nothwendig. Es wechseln nämlich die Leute der beiden (oder aller dreier) Suponatheilnehmer ab, z. B. eine Woche werden alle Herden von dem Gesinde des einen, die zweite Woche von dem des anderen Genossenschafters gehütet. Sind nur zwei Herden

---

[13]) Vuk St. Karadžić erklärt in seinem Wörterbuche den Begriff der Supona unrichtig, indem er annimmt, dass die Suponici — bei ihm unrichtig supojnici — Leute sind, welche ihr Vieh gemeinschaftlich tränken.

vorhanden (z. B. wenn die Ochsen und Kühe die eine, die Ziegen und Schafe die andere Herde bilden), so wird die eine Herde während des ganzen Sommers von einer Person des einen Wirthes, die andere Herde von der des anderen Wirthes gehütet. Um ihr Vieh zu erkennen (insbesondere, wenn einzelne Thiere schwer zu unterscheiden sind, wie es gewöhnlich beim Kleinvieh, Schafen und Ziegen der Fall ist), bringen die Genossenschafter an den Ohren ihrer Thiere verschiedene Kennzeichen an (z. B. sie schneiden ein Stück des Ohres aus), jeder Vieheigenthümer macht nämlich an den Ohren seiner Thiere ein und dasselbe Zeichen, welches Biljeg genannt wird [14]).

Ein zweiter Vortheil der Supona besteht darin, dass die Genossenschafter Dünger gewinnen. Es wird nämlich darauf gesehen, dass das Vieh, sobald es den Boden des einen Genossenschafters gedüngt hat, auf den Grund des anderen getrieben wird. Die Menge des Düngers soll der Zahl entsprechen, wie viel Stück Vieh nämlich ein jeder Genossenschafter in der Herde hat, so dass dem reicheren Wirthe verhältnissmässig mehr Dünger zukommt. Auf ein Stück Hornvieh werden fünf Stück Kleinvieh gerechnet.

Damit man sich eine richtige Vorstellung von der Supona machen kann, muss noch Einiges über Viehweiden in Montenegro erwähnt werden. Das Vieh jeder Art wird abwechselnd auf den Bergabhängen (planine) und in den Thalkesseln (dolci, zgrade) gehütet. Das Kleinvieh (Schafe und Ziegen) überwintert auch in den Bergen, und zwar in Umzäunungen vor den Ställen (die Schafe halten sich dort fast fortwährend auf) oder in Ställen (hauptsächlich die Ziegen, welche die Winter-

---

[14]) Es ist interessant, dass ähnliche Zeichen an den Ohren des Viehes auch in anderen Ländern, z. B. in Bulgarien (Marinov, a. a. O. IV, 1894, S. 402 u. 403; Bobčev, a. a. O. II, S. 10) und in Russland gemacht werden. Vgl. P. S. Jefimenko, Договоръ найма пастуховъ (Ueber Hirtenmiethverträge, in Memoiren der kais. russ. geogr. Gesellschaft, ethn. Abth. VIII). [So auch bei den Germanen. Kohler.]

kälte nicht so gut wie die Schafe vertragen). Den Schafen wird das Heu gereicht, welches in grossen Schobern angehäuft ist, den Ziegen theils Heu, theils getrocknetes Eschen- und Eichenlaub. Das Rindvieh wird über den Winter ins Dorf getrieben und daselbst mit Mais-, Weizen- und Gerstenstroh gefüttert. Das Heu wird demselben nur selten gegeben. In die Berge wird das Vieh erst, nachdem man dort das Heu gefechst hatte, getrieben und wird dort gewöhnlich vom Petri-Tage bis zu Mariä Himmelfahrt (15. August) gehütet. Hierauf wird es in die Thalkessel getrieben, woselbst es bis zum ersten Schneefall verbleibt, worauf es (im Winter) theilweise abermals in die Berge zum Ueberwintern (Kleinvieh), theils (das Rindvieh) ins Dorf getrieben wird.

Die Düngung geschieht auf eine recht praktische Weise. Das Vieh wird zum Uebernachten in eine Umzäunung, genannt Tor (lies torr)[15]) getrieben; ein solches Eintreiben dauert gewöhnlich durch zwei, höchstens drei Wochen, bis der Boden vollständig gedüngt ist. Hierauf wird das Vieh auf den nächstgelegenen Fleck in einen anderen Tor in demselben Thalkessel getrieben. Dies geschieht so lange, bis der ganze Thalkessel gedüngt ist, worauf der Tor in einen anderen Thalkessel verlegt wird. Den Tor überträgt derjenige Genossenschafter, dem der Grund gehört. Obzwar der Suponik, dem der Grund nicht gehört, beim Transport nicht zu helfen braucht, thut er es häufig aus eigenem Antriebe[16]).

---

[15]) Solche Tors waren schon den Römern bekannt. Man nannte dieselben damals „cohortes". Vgl. Varro, Rerum rust. libri tres II, 2, 9. (Ed. Keil.)

[16]) Mit der Supona darf das in dem deutschen Rechte vorkommende Pferchrecht (jus stercorationis, der Hürdenschlag) nicht verwechselt werden. Dasselbe besteht entweder darin, dass der Grundeigenthümer das Recht hat, zu fordern, dass eine fremde Schafherde auf seinen Grund behufs Düngung getrieben werde, oder darin, dass der Schafherdeigenthümer berechtigt ist, seine Schafe auf einem fremden Grunde übernachten zu lassen. Hier handelt es sich um keine Cooperation, sondern im ersteren Falle besteht eine persönliche Berechtigung oder ein Real-

Einige Bestimmungen über die Supona sind auch im Allgemeinen Gesetzbuche über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro (Art. 442—445) enthalten [17]).

Ein ähnliches Zusammenweiden des Viehes zwecks Erleichterung des Hütens wie auch zu anderen Zwecken kennen überhaupt auch andere slavische Völker, insbesondere die auf der Balkanhalbinsel lebenden. Wir verweisen deshalb auf die Berichte über die Bačija oder das Bačijanje, auch Bačevanje genannt, bei Milićević (Кнежевина Србиьа, Das Fürstenthum Serbien, 1876, S. 849—854), S. Trojanović (Старинска српска ьела и пипа, Das althergebrachte serbische

---

recht, während im anderen Falle ebenfalls entweder eine persönliche Berechtigung oder eine Grunddienstbarkeit stattfindet. Bloss im ersteren Falle handelt es sich um einen ähnlichen Zweck, wie bei der Supona, nämlich um Dunggewinnung, aber der Dünger gehört da nur einer einzigen Person, während er bei der Supona allen Genossenschaftern zufällt.

[17]) Art. 442: Wenn mehrere Besitzer von Vieh dasselbe zur Supona vereinigen, so wird angenommen, dass nur der Dünger denselben gemeinsam wird, die Zuzucht, die Milch und alle anderen Nutzungen dagegen, nach wie vor, demjenigen verbleiben, dem die Thiere gehören.

Art. 443: Jeder Gesellschafter hat seinen Hirten zu ernähren und demselben den nothwendigen Unterhalt zu geben; die übrigen Gesellschafter berührt sein Unterhalt nicht.

Art. 444: Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, für seinen Theil der Herde Salz zu geben. Dieses Salz ist er demjenigen Hirten, in dessen Abtheilung oder Viehstande sich seine Viehstücke befinden, rechtzeitig zu übergeben verpflichtet, damit dieser zur bestimmten Zeit dem ganzen ihm anvertrauten Viehstande das Salz regelmässig verabreichen könne. — Ist er im Verzuge derart, dass der Hirt oder seine Kuća) = Haus, Hauscommunion) das nothwendige Salz anschaffen musste, so hat es der Gesellschafter vollständig zu vergüten, und einen etwa entstandenen Schaden zu ersetzen.

Art. 445: Der Dünger wird unter die Gesellschafter nach dem Vertrage, und in Ermangelung einer diesbezüglichen Vereinbarung nach dem Ortsgebrauche getheilt. Dasselbe hat bezüglich der Theilung der Früchte zu gelten, welche aus einer Feldwirthschaft hervorgehen, in welche der Dünger aus der Supona verwendet wurde.

Essen und Trinken, Serb. ethnogr. Sammlung II, 1896, S. 70—75), Marinov (a. a. O. IV, S. 381—404), Bobčev (a. a. O. II, S. 264—268) u. A. Unter Bačijanje verstehen die Serben und Bulgaren das gemeinschaftliche Weiden des Viehes und die gemeinschaftliche Butter- und Käsegewinnung. Die Vieheigenthümer (bacari oder bačiljari, bačijari, d. h. Theilnehmer an der Bačijagenossenschaft) treiben ihr Vieh auf die Sommerweide und überlassen es dort zur Hütung einigen, gewöhnlich drei Hirten, von denen der erste Ćechaja (Kechaja), der zweite Podćechajnik, der dritte Pogonjač (bulgarisch Pokarač oder Poganič) genannt wird[18]). Manchmal giebt es auch mehrere Hirten (fünf bis sechs). Im Herbste nehmen die Wirthe ihr Vieh wieder nach Hause und theilen den gewonnenen Käse und Butter unter einander. Welche Menge Käse und Bntter auf einen jeden Vieheigenthümer entfällt, wird durch probeweises Melken bestimmt, als bereits das allen Eigenthümern gehörende Vieh auf die gemeinschaftliche Hutweide ausgetrieben wurde. Ein solches Probemelken wird Prèmlâz genannt. Der Eigenthümer, welcher in der Bačija das meiste Vieh hat, wird Stadnik (bulgarisch auch Zarednik) genannt. Beim Melken der gemeinschaftlichen Herde wechselt das Gesinde der einzelnen Eigenthümer ab. Das Vieh wird in Umzäunungen, Struga (Starga) genannt, gemolken. Die Hirten werden um eine gewisse Menge Käse und Butter gedungen und nach der Bačijabeendigung behalten sie den verabredeten Theil der Erzeugnisse für sich zurück. Erst nach ihnen nimmt sich der „Stadnik" seinen Antheil an Butter und Käse, und nach diesem dann alle übrigen Eigenthümer (bacijari), und zwar in der Reihenfolge, als sie Vieh besitzen, so dass als letzter derjenige an die Reihe kommt, der am wenigsten Vieh

[18]) Bobčev führt ein wenig abweichende Ausdrücke an; der erste Hirt wird nach ihm in einigen Gegenden Bačat, der zweite Podbačat, die übrigen Kechajite, Ovčarite genannt. — Auch zur Zeit der Römer wurden grössere Herden von mehreren Hirten gehütet, von denen der erste Magister pecoris hiess. Vgl. Varro, Rerum rust. libri tres II, 10, 2 u. 5.

besitzt. Sollte die Bačija aus irgend welchem Grunde (z. B. wegen Trockenheit oder ausgebrochener Viehseuchen u. s. w.) vorzeitig aufgelöst werden, sind die diesjährigen Theilnehmer verpflichtet, nach Ablauf eines Jahres abermals eine Bačija zu bilden, damit auch den anderen Genossenschaftern, welche heurigen Jahrs zu kurz gekommen sind, die Möglichkeit geboten werde, Butter und Käse zu erhalten.

Die Bačija kennen auch die Huculer[19]), die karpathischen Polen[20]), die mährischen Walachen[21]) und die schlesischen Bergbewohner im Teschner Land[22]). Wie bei diesen, so auch bei den Balkanslaven kommen in dieser Hinsicht viele rumänische Einflüsse zum Vorschein, weshalb wir uns über die Bačija nicht ausführlicher äussern wollen[23]).

Wir haben nur einige im slavischen Gewohnheitsrechte vorkommenden Cooperationen beispielsweise angeführt. Es handelte sich uns dabei um Formen, bei welchen Arbeit wieder mit Arbeit, sei es nun ausschliesslich oder wenigstens

---

[19]) Kaindl, Pasterstwo i wierzenia pasterskie u Huculów (Das Hirtenwesen und der Hirtenglauben bei den Huculern, in der Zeitschrift Lud II, 1896, Lemberg).

[20]) Jaworski, Pasterstwo w Tatrach polskich (Lud VIII, 1902).

[21]) Bartoš, Lid a národ (Volk und Nation, Mährische Bibliothek, in Wallachisch Meseritsch, 1883).

[22]) Sláma, Oesterreichisch Schlesien (Prag 1887), S. 105, 106, 176, 177.

[23]) Vgl. Miklošič, Ueber die Wanderungen der Rumunen in den Dalmatinischen Alpen und den Karpathen (Wien 1879). — Die Rumänen selbst haben wohl sehr viel den Illyriern entlehnt, welche von Varro (a. a. O. II, 10, 7 u. 9) als ein Hirtenvolk ausdrücklich angeführt werden. — Heute betreiben auf der Balkanhalbinsel Viehzucht hauptsächlich die nomadisirenden Cincaren, die sich selbst Aromunen nennen. Die Serben und Bulgaren legen ihnen jedoch zahlreiche andere Namen bei, wie z. B. Crnovunci, Ašani, Karaguni, Karakačani, Kucovlasi, Beli Vlasi (weisse Walachen), Arnautski Vlasi u. s. w. Vgl. Cvijić, Антропогеографски проблеми Балканскога полуострва (Anthropogeogr. Probleme der Balkanhalbinsel, Ethnogr. Sammlung der Serb. Akad. IV, S. CXXX ff.).

überwiegend, vereinigt wird. Neben ihnen kennt aber das Gewohnheitsrecht auch solche Cooperationen, bei welchen sich Arbeit mit dem Capitale paart. Auch solche Formen kommen häufig vor. In Slavonien, Bosnien und anderen Orts z. B. bauen sich einige Bauern gemeinschaftliche Mühlen und ziehen aus denselben in dem Maasse Nutzen, als sie sich an ihrer Errichtung betheiligt haben. Manchmal gehören die Mühlen ganzen Gemeinden. Nach Jlić (Narodni slavonski običaji, Slavonische Nationalgewohnheiten, S. 190) kamen im Jahre 1846 zahlreiche solche Mühlen an der Orlava und Save vor. Die Gemeinden dingten sich für dieselben einen besonderen Müller, gewöhnlich auf drei Jahre. Die zwischen den Besitzern der Mühle (ketuši) und den Müllern geschlossenen Verträge enthielten verschiedene Bestimmungen. Noch heutzutage sind solche gemeinsame Mühlen bei den Südslaven keine Seltenheit. Das Recht, in der gemeinschaftlichen Mühle zu mahlen, richtet sich, wie gesagt, nach dem Verhältnisse, wie ein Jeder sich an der Errichtung der Mühle betheiligt hat. So hat ein Theilnehmer einen ganzen „Red" (= Ordnung, Tour, d. h. das Recht, 24 Stunden zu mahlen), ein anderer einen halben „Red", ein dritter wieder ein Viertel „Red" u. s. w. Hiernach heisst das Mitglied einer solchen Mühlengenossenschaft „Poredovnik" (= Tourmann, so viel wie ketuš) [24]).

Von einem anderen Mühlenvertrage lesen wir bei Marinov (a. a. O. IV, S. 419 ff.). In Bulgarien ist nämlich für gewöhnlich derjenige, der die Mühle erbaut hat, nicht selbst Müller, sondern dingt sich einen Müller (vodeničar), welcher das Müllergewerbe betreibt. Zwischen beiden entsteht ein Gesellschaftsverhältniss, und zwar nicht in Bezug auf die Mühle, sondern auf den Gewinn.

In der Hercegovina (im Trebinjer Kreise) existirt seit jeher eine Art von Wassergenossenschaften. Eigen-

---

[24]) Vgl. auch Svetozar Tomić, Дробњак (im IV. Bande der von der Serb. Akademie herausgeg. Serb. ethnogr. Sammlung, 1902, S. 402 ff.).

thümer von Grundstücken, welche bewässert werden sollen, treten zusammen und errichten durch gemeinschaftliche Arbeit und auf gemeinsame Kosten grosse Bewässerungsräder[25]), welche sie sodann nach den „Red's" (Touren), ähnlich wie die Mühleneigenthümer, benützen. Die auf eine solche Art bewässerten Grundstücke werden „Koljske zemlje" ([Wasser-] Radgrundstücke) genannt.

Diese localen Formen der Arbeitsassociationen, welche lediglich nur bei einzelnen slavischen Völkern vorkommen, ausser Betracht lassend, wollen wir unser Augenmerk nur auf jene Cooperationen richten, welche allen Slaven bekannt sind und, wie schon die Namen selbst beweisen (sprega, sprjaga, sprząganie, spřeha, tlaka, toloka, pomoč, pomoc), schon in Zeiten entstanden sind, wo sich die Slaven noch nicht in einzelne Völkerschaften getrennt hatten. Der Bestand dieser Cooperationsverbände, deren Nothwendigkeit erst dann zum Vorschein kam, als die Bluts- (Verwandtschafts-) Verbände sich aufzulösen begannen, und welche somit, wie oben schon gezeigt wurde, ein Ersatz für die schwindenden Blutsverbände wurden — dieser blosse Bestand ist ein untrüglicher Beweis dessen, dass schon im alten gemeinsamen slavischen (urslavischen) Rechte das Princip des Blutscollectivismus immer mehr Grund verlor und vom Princip des Individualismus verdrängt wurde. Denn nur die einfache (nicht in einer Hauscommunion lebende) Familie war gezwungen, sich Gehülfen zu suchen. Hauscommunionen waren freilich noch nicht verschwunden, aber sie waren nicht mehr die einzige, ausnahmslose Erscheinung.

---

[25]) Solche Bewässerungsräder werden auch in China angewendet Vgl. Ziber (a. a. O., S. 49).

V.

Ueber die Begnadigung unter dem Ancien régime in Frankreich[1]).

Von

Dr. Th. Sternberg.

Der Ausspruch, die Begnadigung könne wegfallen, wenn die Gesetze milder seien, der den Angelpunkt der Diskussion in der Revolutionszeit und der vorhergehenden Epoche der Aufklärung[1a]) bildet, hat einen zweifachen Sinn. Einmal wird unter „Milderung der Gesetze" dasjenige verstanden, was man auch heute darunter versteht, in dem anderen Sinne aber handelt es sich darum, dass auch in casibus homicidii die Strafausschliessungsgründe Statt haben sollen. Dieser Sinn hat seinen Ausgangspunkt in den Expectorationen der fran-

---

[1]) Citate betreffend Sammlungen französischer Rechtsquellen: Isambert = Isambert, Recueil général des anciennes lois Françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789.

Frérot = Frérot, Les Basiliques ou Edits et Ordonnances des Rois Français.

Fontanon = Fontanon, Les Edits et Ordonnances des Rois de France depuis Louis VI 1611.

O. d. R. F. = Ordonnances des Rois de France de la troisième race recueillies en ordre chronologique par Laurière, Pastoret, Pardessus etc.

[1a]) Vgl. darüber unsere Abhandlung: „Die Begnadigung bei den Naturrechtslehrern" in dieser Zeitschr. Bd. XIII (zugleich Berliner Inauguraldissertation 1899).

zösischen Autoren, die die Debatte beherrschen. Es wird daher von Nutzen sein, eine Skizze der französischen Rechtszustände des ancien Régime zu entwerfen. Es gab in Frankreich für den nicht vorsätzlichen Todtschläger kein Mittel, dem Schaffot zu entrinnen, als die Gnade des Königs.

Daher gab es hier zwei Arten von Begnadigung, nämlich die echte, wirkliche, und die für die ebengenannten Fälle, die wir, damit dem Geiste einer verwandten französischen Terminologie selbst nahekommend[2]) „Justizbegnadigung“ nennen wollen[3]). Die Justizbegnadigungssachen gingen zwar nicht an den König selber. Die Angeklagten hatten ihre Gesuche unter Exposition und Glaubhaftmachung der Thatsachen an eine der königlichen Chancelleries auprès les cours zu geben, und diese fertigten nach Befund, eventuell auf Grund einer Enquête, lettres de grâce aus[4]). Diese wurden dann im Process gewissermassen als Exceptio vorgebracht, sei es nach, sei es, wie regelmässig, noch vor dem Urtheil. Als Exceptio,

---

[2]) Vgl. unten S. 90.

[3]) Ord. Franz' I. 1539 Art. 168. „Nous défendons à tous gardes de seaux de nos Chancelleries et Cours souveraines de ne bailler aucunes grâces ou remissions, force celles de justice, c'est à sçavoir, aux homicidaires qui auraient esté contraints faire les homicides pour le salut et défense de leur personnes et autres cas, où il est dit par la loy, que les délinquens se peuvent ou doivent retirer par devers souverain le prince pour en avoir grâce. Et si aucunes grâces et remissions avait esté par eux données hors les cas dessudits, nous voulons et ordonnons que les impétrans en soient deboutez et que nonobstant icelles ils soient punis selon l'exigence des cas.“ — Fontanon S. 691 f.

Art. 2 Tit. 16 der Ordonnance criminelle Ludwig's XIV. von 1670 besagt: Les lettres de rémission seront accordées pour les homicides involontaires seulement, ou qui seront commis dans la nécessité d'une légitime défense de la vie. Art. 3 fügt hinzu die Fälle, wo der Tod nicht verdient ist und die doch nicht entschuldigt werden können.

[4]) Tenor: „Quittons, remettons et pardonnons le fait et cas dessus dit, avec toute peine et amende, et offence corporelle, criminelle, civile“ etc. — Fontanon a. a. O.

sagen wir; es liegt also durchaus nicht etwa in diesem letzteren Falle Abolition vor, obwohl auch diese von den französischen Königen, und zwar schrankenlos, geübt ward.

Der Gnadenbrief wurde in Gegenwart des Angeklagten verlesen — während der Process sonst streng geheim war [5]) — kniend und barhäuptig hatte er der Verlesung zu folgen. Das Verfahren ist in der Ordonnance de Blois [6]) von 1498 Art. 126 f. ausführlich geregelt.

> 126: Que tous porteurs de rémission, pardon ou autre, de quel estat qu'ils soient, seront tenus les présenter en jugement, et en sera fait lecture en leur presence nue teste et à genoux, nos procureur et avocat et les parties, si aucunes en y a [7]), appellées, et sera le requerant interrogé par serment, si lesdites lettres contiennent vérité et s'il en demande l'intérinement [8]), et incontinent requiere ou non, sera renvoyé en prison pour estre plus amplement interrogé sur les cas, mesmement sur les informations, à aucunes en y a, et s'il y a informations précédentes ou subséquentes lesdites lettres qui le chargent plus, que le contenu dans les lettres et la matière y en est disposée l'on procedera contre lui extraordinairement sur la subreption ou obreption desdites lettres, selon le contenu desdites informations, ainsi que dit est dessus des autres criminels.
>
> 127: Et si l'ou trouve lesdites lettres de rémission, pardon, la confession dudit prisonnier, et les dites informations, conformes, et consonans, nos avocat et procureur avec les parties seront ouies, pour au surplus estre pro-

---

[5]) Ordonnance de Blois 1498. Louis XII, Art. 110. — Isambert XI, 368.

[6]) Vgl. auch S. 90

[7]) Im Adhäsionsprocess.

[8]) Die Ordonnance criminelle Ludwig's XIV. Art. 21 legt auf diese Frage besonderen Werth und fordert weiterhin auch die Frage, ob er den Auftrag zur Erwirkung der lettre de grâce gegeben hat.

cédé à l'intérinement desdites lettres, ainsi qu'il appartiendra par raison [9]).

Kam also dem Gerichte die Sache verdächtig vor, so hatte es in einem Extraordinarverfahren auf Obreption oder Subreption der Lettre de grâce zu untersuchen, während dessen der Angeklagte bezw. Verurtheilte in Haft blieb.

Die Lettre de grâce musste vom Angeklagten persönlich der zuständigen Stelle eingereicht werden, Stellvertreter waren ausgeschlossen. Das bedeutete also, dass nur derjenige von einem Gnadenpatent Gebrauch machen konnte, der sich den Behörden stellte. Man wollte collusiven Machenschaften, die sich etwa bei dem Institut der Lettres de grâce hätten einstellen können, die Wege abschneiden. Die Vorschrift ist bereits mit ausführlichem Eingehen auf die Ratio legis, in einer Ordonnanz Karl's V. des Weisen (als Regenten für Johann II. den Guten) von 1358 gegeben [10]).

---

[9]) Zusatz Karl's IX. (1572): En outre pour obvier aux plaintes que plusieurs de nos sujets nous font, de la facilité, dont nos juges usent à l'endroit des Gentils-hommes et de nos officiers à l'entérinement des remissions par eux présentees, nous ordonnons que toutes lettres de remission obtenues par les dites Gentils-hommes et de nos officiers seront présentées par eux en personne (vgl. unten N. 10) teste nue, et à genoux, suivant l'ordonnance et adresses aux Cours de Parlement, au ressort duquel les excez seront commis. Sauf à après ordonner, si la partie civile le requiert, et soit par nos dites Cours advisé, ou autrement par elle advisé, de renvoyer les dits remissionnaires sur les lieux. — Fontanon a. a. O.

Zusatz Heinrich's III. (1579): Les adresses de grâces pardons et remissions obtenues par les personnes n'estans de noble condition, seront faites aux juges ordinaires, ressortissans ruement et immédiatement en nos Cours de Parlement. Et quant aux Gentils-hommes et officiers, voulons l'Edits d'Amboise être inviolablement gardé. — Fontanon a.a.O.

Ebenso bestimmt § 14 Art. 16 der Ordonnance criminelle von 1670, dass Edelleute ihre lettres de grâce an „une de nos Cours" einreichen müssen, während die gens de qualité roturière die Adresse an die baillis, sénéchaux der siège présidial der Provinz, oder an den zuständigen Richter zu richten haben.

[10]) Nous avons entendu que souvente-foiz par nostre dit Seigneur

Die Urkunden der Chancelleries auprès les cours über Justizbegnadigungen heissen Lettres de justice oder Grâces légales, die königlichen Urkunden über echte Begnadigung Lettres de grâce pure. Die französische Literatur pflegt als die älteste Rechtsquelle über das Institut der Justizbegnadigung die Ordonnance de Blois von 1498 heranzuziehen (Art. 126 f., hier S. 88), meines Erachtens liegt jedoch nicht das geringste Hinderniss vor, das Bestehen der Praxis der Justizbegnadigung bereits aus der Ordonnanz Karl's V. von 1358 herauszulesen. Nur das kann zweifelhaft sein, ob man sich schon den Unterschied von der Grâce pure zum Bewusstsein gebracht hatte,

---

et nostre très chière Dame Madame la Royne, Nous, noz Lieutenans, Capitains, Connestables et autres qui se dient avoir ce pouvoir aucuns et pluseurs crimes tant d'occisions comme autres, sont et ont eté remis et pardonnez a plusieurs, sous umbre de aucunes excusacions ou deffenses que euls ou leurs amis donnent à entendre en empetrant les remissions et pardons, lesqueles causes sont ou pourraient aucune foiz estre fausses. Et quant euls ou leurs amis presentent au bailliz ou à autres Officiers les lettres dedites remissions ou pardons, l'on s'efforce de vouloir estre receuz par Procureur pour celui en quel nom et pour qui la grâce, remission ou pardon sont faiz, et aussi se ils voient ou scevent que le Jugement doie venir pour euls, lors ils se traient avant, mais se ils doubtent, scevent ou pencent que le Jugement doie venir contre euls, ils n'y rendront ja, et ainsi sera faite aucune punicion de leurs deliz, supposé que leurs Lettres soient surregitices ou de nulle valeur, et qui est contre raison et contre justice et chose de mauvais exemple: Pour ce nous avons ordené et ordenons que doresnavant aucun en un tel cas ne soit reçû par Procureur à vérifier les Lettres dont il se voudroit aidier; mais y soient tenuz de venir et vieignent personnellement, non contrestant droit, usage, coustume ou stile de Court ou de pays à ce contraire, que Nous ordenons et discernons non avoir vertu ne valeur, et deffendons à touz Officiers Royauls et autres que par Procureur ils ne reçoivent l'empetrant, nonobstant lettres quelconques octroiées ou octroier au contraire, que nous reputons (refutons?) et déclairons estre de nulle valeur et les mettons au neant par ces presentes, et n'y voulons en rien estre obei. O. d. R. F. III, 226.

doch wird man sich auch dafür ohne grosse Gefahr entscheiden können [11]).

Die Sachen wegen echter Begnadigung (grâce pure) ressortirten von der Grande Chancellerie des Königs. Das Verfahren wegen Ob- und Subreption konnte gegen die echten

---

[11]) Wenn noch für einen Fall aus viel späterer Zeit es nicht recht auszumachen ist, welche Art der Begnadigung vorliegt, so ist der Grund die unjuristische Art der Mittheilung des Falles. Ich meine die Begnadigung des königlichen Hofpagen Franz v. Vieilleville durch Franz I. Schiller, Denkwürdigkeiten aus dem Leben des Marschalls von Vieilleville, erzählt, gleich im Anfang: „Es hatte ihm nämlich ein Edelmann eine Ohrfeige gegeben, eben als er Mittags zur Aufwartung ging. Nach der Tafel schlich sich der Edelknabe von seinem Hofmeister weg, ging zu jenem Edelmann, der erster Hausküchenmeister der Regentin war, und stiess ihm, nachdem er ihn aufgefordert hatte, seine Ehre ihm wiederzugeben, den Degen durch den Leib. Er war damals, als ihm dieses Unglück begegnete, 18 Jahre alt. Als der König diese Handlung erfuhr, die von allen Grossen und vorzüglich von ihm selbst nicht so ganz gebilligt wurde, weil die Hausoffiziere nicht das Recht hatten, Edelknaben zu misshandeln, liess er den Herrn von Vieilleville rufen, um ihn seiner Mutter der Regentin vorzustellen und Vergebung zu verschaffen.“ Vieilleville wird in der That begnadigt. Ob grâce pure, grâce légale oder abolition in Frage steht, ist nicht zu ersehen. Ich möchte grâce légale für gänzlich ausgeschlossen halten, mich aber auch nicht für eine der beiden anderen Eventualitäten, sondern für eine vierte erklären. Es geschieht nämlich etwas Merkwürdiges. Vieilleville verlässt den Hof, schickt sich auch an, ausser Landes zu gehen, aber ohne Furcht vor Verfolgung und höchst gemächlich; er nimmt Kriegsdienste in der in Italien fechtenden französischen Armee. Er kehrte ruhmbedeckt zurück. „Als er sich dem König bei seiner Zurückkunft vorstellte und ihn seiner jugendlichen Uebereilung wegen um Verzeihung bat, sagte ihm derselbe, dass schon alles verziehen sei, da besonders die Regentin nicht mehr lebe. Er befahl ihm, sich fleissig bei ihm einzufinden“. . . . Ich schliesse daraus, dass die Begnadigung vom König kraft seiner besonderen, aus altem deutschen Recht herstammenden Gewalt über das Hofgesinde ausgesprochen wurde. Das ist besonders deshalb wichtig, weil man dann nicht gezwungen ist anzunehmen, dass für dergleichen Tödtungen zur Rächung beleidigter Ehre, bei denen keine Nothwehr vorlag, Aussicht auf grâce légale bestand. — Der Fall an sich ist ein

Lettres de grâce nicht stattfinden. Aber die Gerichte konnten doch auch gegen einen solchen, wenn er ihnen durchaus unangemessen schien, remonstriren.

Die Justizbegnadigungssachen wurden übrigens fiscalisch nutzbar gemacht: die Lettres de justice waren gebührenpflichtig (vgl. die Anregung bezüglich der Möglichkeit der Entstehung dieses Zustandes bei Ernst Mayer, Mittelalterliche Verfassungsgeschichte II, S. 107). Ueberdies waren die Behörden angewiesen, keine anderen als Lebens- und Leibesstrafen zu erlassen, wobei man die bis zum 17. Jahrhundert sehr grosse Seltenheit der Freiheitsstrafen in Betracht ziehen muss, um den Zweck der Anordnung deutlich zu erkennen. Quelle ist das Edict Franz I. von 1539, Art. 172:

> „Défendons aux dits gardes des sceaux, de ne bailler aucunes grâces ne remissions des cas pour lesquelles ne serait requis imposer peine corporelle, et si elles étaient données au contraire, défendons à tous nos juges de n'y avoir aucun regard comme dessus, et en debouter les parties avec condamnation d'amende.“ — Isambert XII, 2, S. 635, Fontanon a. a. O., Frérot a. a. O.

Art. 4 Tit. 16 der Ordonnance criminelle von 1670, welcher die Fälle, in denen Gnade zu versagen ist, aufzählt — vgl. unten S. 95 — übergeht diese Bestimmung. Ob sie damit als beseitigt anzusehen ist, ist aber sehr zweifelhaft.

Fast ebenso unangemessen wie die Ausnutzung der Gnadenprärogative durch Gebühren, wodurch bei den Lettres de justice die nothwendigste Gerechtigkeit schnödem Schacher unterworfen wird, ist die kurze Verjährbarkeit derselben. Ihre Kraft erlischt nämlich nach drei Monaten seit der Ertheilung[12]).

---

genaues Seitenstück zu dem in Konrad v. Würzburgs „Otto mit dem Barte“ behandelten, auf den wir in der früheren Abhandlung S. 331 (Diss. S. 11) verwiesen. Dort tödtet der Held fahrlässig den königlichen Truchsess, der einen Edelknaben wegen einer kleinen Unmanier blutig geschlagen hat, der König aber verweist ihn ex gratia regis.

[12]) Art. 16 Tit. 16. Ord. criminelle 1670, doch auch schon früher.

Ratio legis wird hierbei freilich die Absicht gewesen sein, Missbräuchen vorzubeugen. Eine Lettre de justice sollte eben nur in derjenigen Strafsache, für die sie gelöst war, Verwendung finden können; da überdies die Erledigung sehr vieler Strafsachen binnen dieses Zeitraums so wenig wie heute möglich war, so lag darin auch eine Nöthigung für den Delinquenten, sich alsbald zu stellen. Die Verjährung wurde unterbrochen durch rechtzeitiges begründetes Gesuch um Erneuerung oder Bestätigung der Lettre de grâce.

Eine mit den Lettre de justice verwandte, sehr bemerkenswerthe Einrichtung sind die Lettres d'innocence. Sie hatten vorwiegend processuale Bedeutung und gewährten den so nothwendigen Schutz der persönlichen Freiheit bloss Verdächtiger gegen Untersuchungshaft. Wer einer strafbaren Handlung verdächtig zu sein oder zu werden fürchtete, jedoch in der Lage war, glaubhaft zu machen, dass er an der Sache nicht betheiligt wäre, konnte eine Lettre d'innocence lösen mit dem Tenor:

> „Parquoy etc. Vous mandons, et pourceque le cas a esté commis en vostre Seneschaussee, commettons, si métier est, que appellé vostre procureur et autres qui pour ce seront à appeller. Et s'il vous appert le dit cas être advenu par la manière dessusdite, et que d'iceluy ledit suppliant soit pur innocent, ou de tant que suffire vous doive [13]): audit cas tenez et faictes tenir ledit suppliant quitte et paisible dudit cas, sans pour l'occasion d'icelay luy faire mettre et donner, ny souffrir estre fait, mis ou donné ores ny pour l'advenier, aucun destourbier ou empeschement en corps, ny en biens en aucune manière: mais etc. — Mitgetheilt von Fontanon a. a. O. —

Schon sehr früh scheinen die französischen Herrscher bemüht gewesen zu sein, sich das als nutzbares Regal und in Folge seines Einflusses auf die Hebung der königlichen Würde

[13]) „Völlig oder soweit unschuldig als Euch genügen muss."

doppelt werthvolle Begnadigungsrecht zu reserviren. So verbot angeblich schon Karl der Grosse den Grafen die Begnadigung. Trotzdem sind bis in die Mitte des 14. Jahrhunderts in grossem Massstabe die localen Gewalten im Besitze der Begnadigungsmacht. Damals schuf Karl V. Abhülfe [14]). Aber Ludwig XII. fand 1498 Veranlassung, die betreffende Verordnung neu einzuschärfen [15]). Aber z. B. das Recht der Königin, beim erstmaligen Betreten einer Stadt Gnadenerlasse zu gewähren, blieb offenbar noch lange bestehen [16]), und an einzelnen Stellen erhielt sich eine Reihe von Begnadigungsprivilegien bis zur Revolution.

Das Domcapitel zu Rouen genoss seit uralter Zeit das Recht, alle Jahre am Himmelfahrtstage einen Verbrecher nebst seinen Mitschuldigen zu begnadigen, welchen man den Sarg des heiligen Romanus berühren, aufheben und tragen liess [17]).

---

[14]) Ord. 13 mai 1359. Ordonnance faisant défenses aux grands officiers du Roi d'accordee des lettres de grâce. — Isambert, V, 54.

[15]) Ordonnance de blois Art. 70: Combien qu'à nous seul et à nos successeurs rois de France, appartienne donner grâces, pardons et remissions et avec ce que nous avons plusieurs droits singuliers et priviligiez qui sont à nous et à nos successeurs rois de France, reservez en signe de **souveraineté**; néanmoins aucuns nos lieutenants et gouverneurs ... ont entrepris et s'efforcent, sous couleur d'aucun pouvoir qu'ils disent avoir obtenu de nous ou de nos prédécesseurs donner grâces, remissions et pardons ... Folgt Verbot für die Zukunft. — Isambert, XI, 353.

[16]) O. d. R. F. III, 226 Anm.

[17]) Für Freunde kulturgeschichtlicher Rechtskunde, zugleich als typisches Beispiel für die religiös-mystische Seite der Begnadigungsidee (vgl. über sie hier Bd. XIII S. 324 ff.) sei der sagenhafte Entstehungsgrund des Privilegs hier mitgetheilt: Ein Drache Namens Gargouille habe grosse Verwüstungen angerichtet, und selbst die Schiffe und Fahrzeuge auf der Seine umgeworfen; allein der heilige Romanus habe sich in Chorhemd und Stola in die Höhle gewagt, wo das Thier seinen Aufenthalt hatte, habe es bezwungen, indem er ihm seine Stola in den Hals steckte, und so habe es sich sanft und gehorsam in die Stadt führen lassen, wo es aber in Feuer gerathen und vor den Augen des ganzen Volks verbrannt sei.

Dies Privilegium wurde dem Capitel durch Karl VIII. im Jahre 1485 und durch Heinrich IV. im Jahre 1597 bestätigt [18]).

Ferner hatte die Stadt Vendôme das Recht, alljährlich am Freitag vor Palmsonntag einen Verbrecher zu begnadigen, vermöge eines im August 1428 (unter der Regierung Karl's VII.) von Ludwig von Bourbon, Grafen von Vendôme gethanen Gelübdes.

Der Bischof von Orleans konnte bei seinem Amtsantritt seit unvordenklicher Zeit allen beliebigen Angeschuldigten Lettres de grâce ertheilen. Das führte zu Missbräuchen. Verbrecher, die sich bis dahin der Verfolgung entzogen hatten, liessen sich, sofern sie auf Fürsprache beim Bischof Aussicht hatten, in dieser Zeit festnehmen; konnten sie doch alsdann auf eine baldige Freisprechung rechnen. So wurden im Jahre 1707 neunhundert und im Jahre 1733 zwölfhundert auf diese Art begnadigt; endlich wurde durch Ordonnance von 1758 dieses Begnadigungsrecht auf die in der Diöcese Orleans begangenen Verbrechen eingeschränkt und zugleich diejenigen Fälle davon ausgenommen, die auch nach dem sonstigen Recht des Reiches von der Möglichkeit der Begnadigung ausgenommen waren [19]) [20]).

Als solche möchte man zunächst die Delicte der Praecepta Noachidarum vermuthen; in Wirklichkeit aber waren es Crimen maiestatis, Vergiftung, Mord, Raub, Zweikampf, Falschmünzerei, Ketzerei, Behördenbeleidigung, Widerstand, Justizvereitelung und -Hinderung verschiedener Art [21]).

---

[18]) Pastoret, Betrachtungen über die Strafgesetze (deutsch von Erhard 1792—96).

[19]) Pastoret a. a. O.

[20]) Unter den Begnadigungsgründen ex causa mystica wird sowohl in Frankreich wie in Deutschland häufig Angebot eines Mädchens angeführt, den Delinquenten zu ehelichen. Mitunter heisst es aber: „eine öffentliche Hure".

[21]) Pastoret a. a. O. — sedes materiae Art. 4 Tit. 16 der Ordonnance criminelle von 1670. Aber bereits Ordonnanz Johanns des Guten

Es gab auch im älteren Frankreich die Institution der Begnadigung für Kronzeugen. (Ueber dasselbe in Russland, hier Bd. XIII, S. 404). Ludwig XI. sicherte dem Theilnehmer an einem wider die königliche Person gerichteten Complott, der dasselbe verrathen würde, im Edict vom December 1477 nicht bloss Straffreiheit, sondern auch Belohnung zu, desgleichen Ludwig XV. in Art. 9 des Edicts vom Februar 1726 den Kippern und Wippern, die, bevor sie in Untersuchungshaft gezogen würden, ihre Mitschuldigen angäben, Begnadigung und eine Belohnung in Geld[22]).

Echte Begnadigungen und Amnestien wurden von den Königen sehr vielfach zu feierlichen Gelegenheiten geübt, wie bei der Krönung und Salbung, Vermählung, Geburt des Dauphins, Ankunft bezw. Durchreise in diesem oder jenem Theile des Königreichs[23]).

Diese Skizze bemüht sich die Bearbeitung eines Materials anzuregen, das weder von deutschen noch von französischen Autoren auch nur im entferntesten verwerthet worden ist, obwohl es doch auf Schritt und Tritt in die französische Ver-

---

von 1356: Que dores-en-avant à notre pouvoir, Nous ferons et ferons faire bonne Justice en merlant clémence, miséricorde et pitié, là où il appartiendra à faire de raison; ne dores-en-avant Nous ne ferons pardons ne remissions de murdres ou de mutillacions de menbres faiz et perpetrez de mauvaiz agait, par mauvaise volonté et par deliberacion, ne de ravissement ou efforcement de femmes, mesmement de religieuses, mariées ou pucelles, de feu bouter en Eglises ou en autres lieux par mauvais agait, de trièves, asseurement ou paix jurées rompues ou brisées par semblable manière, ne de sauves-gardes enfraintes ou autres cas semblables plus grands, et se fait estoit par importunité, Nous voullons que il ne vaille et que obey ne soit. — O. d. R. F. III, 129.

22) Pastoret a. a. O. Isambert XX, 298.

23) Hierzu bemerkt Pastoret mit echter Aufklärerlogik: „Würdiger wäre es für die Könige, wenn sie mit Wohlthaten gegen Unglückliche ihre Regierung anfingen, und ihren Einzug in eine der grossen Städte des Reichs feierten, als mit Wohlthaten gegen Verbrecher". A. a. O. S. 47, Anm. 12.

fassungsgeschichte die interessantesten Einblicke liefert. Auf Vollständigkeit machen diese Ausführungen, deren nächster Zweck ja nur war, den historischen Hintergrund für die Meinungen der französischen Aufklärer anzuschaffen, keinen Anspruch. Wichtige Einzelheiten, die nur hier speciell nicht besonders illustrativ waren, wie der Rappel de ban ou de galères, den Franz I. und seine Nachfolger den Beamten bei Verlust ihrer Standesrechte untersagten [24]), sind nicht besonders besprochen [25]).

Den codificatorischen Abschluss der Gesetzgebung für das

---

[24]) Fontanon a. a. O. Frérot a. a. O. Ord. crim. de 1670.

[25]) Ich gebe noch zwei interessante Urkunden bei (O. a. R. F. III, 230—234).

I. Bestätigung eines zu Compiègne gewährten Gnadenerlasses durch den König von 1358:

Touz pardons et remissions contenu esdites autres Ordenances et en autres Lettres de Nous données au genz des bonnes Villes en general ou en especiel, louons, greons, acordons, promettons, ratifions et confermons, et voulons et derechief ordenons que lesdiz pardons et remissions leur soient tenues et accomplies de point en point, comme se tout estoit mot a mot escript et exprimé en ces presentes.

II. Dekret betr. Abgabenerlass und Steuerbegnadigung Philipp's VI., bestätigt durch Karl V. 1358.

. . . ut sit dicti Consules, Universitas, singulares cives, habitatores vel vicini dictae Civitatos, contra Ordinaciones Regias factas super Monetis vel cursu Monetarum vel super aliis quibuscunque, vel contra inhibitiones, statuta, precepta vel injunctiones nostras, predecessorum vel quorumcunque Officiariorum seu Commissariorum usque ad diem presentem, qualitercunque fecerint vel commiserint, seu facere obmiserint, qua occasione poenarum dictis ordinationibus, inhibitionibus preceptis vel iniunctionibus annexarum, ab eisdem coniunctim vel divisim nihil possit exigi vel levari nec pro premissis, vel occasione premissorum, quovismodo, per quoscunque officiarios nostros vel eorum instanciam, possint inqueste in cause subici vel aliter quomodolibet molestari quia eiodem Consulibus Universitati, singulis civibus, vicinis dicte civitatis penas predictas et quodcunque ius occasione premissorum nobis quaesitum remittinuis, supra his Procurato ribus et aliis officiaris nostris silentium perpetuum harum serie imponentes.

Ancien régime enthält die Ordonnance criminelle von 1670 in ihrem Titel 16, der überschrieben ist: „des lettres d'aboliton, remission, pardon, pour ester à droit rappel de ban ou de galères, commutations de peinre, réhabilitation et révision de procès.“

Eine wichtige rechtspsychologische Thatsache ist aber zum Schluss zu constatiren: die hierzulande mit Kopfschütteln angesehene Praxis französischer Gerichte (nicht nur der Assisen!) in Kapitalsachen im Zuge des Rechtsgangs selber materiell mitunter Gnade zu üben, ist im Sinne der nationalen Rechtsidee keineswegs Durchbrechung des Rechts aus Gründen der „Sympathie“, sondern richtiges Recht, erwachsen aus altüberkommener Rechtsempfindung.

VI.

Die Anfänge des testamentum per aes et libram.

Bericht erstattet dem Historikercongress in Rom (Rechtshistorische Abtheilung) 1903.

Von

Prof. Ehrlich in Czernowitz.

Gaius, dem wir die Nachrichten über die Entwickelung des römischen Testamentes verdanken, berichtet, das testamentum per aes et libram habe ursprünglich nicht eine Erbeinsetzung, sondern nur Legate enthalten: heredis loco sei der familiae emptor gewesen. Die erste dieser Angaben ist zweifellos richtig, denn die jedenfalls uralte Testamentserrichtungsformel: ita do, ita lego, ita testor setzt ihrem Wortlaute nach ein Vermächtnisstestament mit Nothwendigkeit voraus. Auch die XII Tafeln gaben dem pater familias bloss das Recht, Legate auszusetzen: wann immer der XII-Tafel-Satz die überlieferte Form erhalten haben mag, so ist er doch ein Zeugniss darüber, was man in einer sehr frühen Zeit über das älteste Testament wusste. Nach dieser Richtung ist Gaius also gut beglaubigt. Nicht dasselbe gilt von der Gaianischen Angabe, ursprünglich sei der familiae emptor heredis loco gewesen. Wäre dies richtig, so hätte der Erblasser seinen filius familias, an den er die familiae mancipatio selbstverständlich nicht vornehmen konnte, gar nicht einsetzen, er hätte ihn höchstens als Legatar bedenken können. Sieht man von der durch gar kein mittelbares oder un-

mittelbares Zeugniss unterstützten modernen Annahme ab, ursprünglich sei die Testamentserrichtung überhaupt nur Mangels Leibeserben zulässig gewesen, so ist die Thatsache allein, dass der filius familias, da er nicht familiae emptor sein konnte, auch nicht als Erbe hatte eingesetzt werden können, ganz wohl geeignet, die Gaianischen Angaben nach dieser Richtung als höchst unglaubwürdig erscheinen zu lassen. Solche Dinge, wie das römische formelle Notherbenrecht, entstehen nicht von ungefähr, sie müssen irgendwie in althergebrachten Gewohnheiten wurzeln: wäre dies möglich, wenn im ursprünglichen Testamente ein ganz Fremder heredis loco gewesen wäre, wenn die sui oder die heredes legitimi in die Stellung von Legataren verwiesen worden wären? Aber auch mit dem Inhalte der leges testamentariae, der lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia, ist der Gaianische Bericht nicht gut vereinbar. Die erste der leges ist wohl vom Anfang, die zweite vom Ende des 6. Jahrhunderts, die dritte vom Jahre 714 der Stadt: die beiden ersten gehören also einer Zeit an, da das testamentum per aes et libram bereits da sein musste, aber unmöglich so alt sein konnte, dass seine Anfänge ganz vergessen worden wären. Wäre nun zur Zeit der ersten zwei leges testamentariae der familiae emptor noch immer heredis loco, die nächsten Angehörigen des Erblassers Legatare gewesen, es wäre gewiss gar nicht möglich gewesen, den Erben so sehr gegenüber den Legataren zu begünstigen. Aber auch wenn diese Entwickelung am Anfange des 6. Jahrhunderts schon überwunden gewesen wäre, so hätte sie doch in Sitte und Recht noch so viel Spuren hinterlassen, dass es nicht einzusehen wäre, wie man zu einer die Legatare so sehr benachtheiligenden Gesetzgebung hätte gelangen können. Auch ist es nicht klar, in welcher Weise man, wenn je der familiae emptor heredis loco gewesen wäre, mehrere Erben hätte einsetzen können: mehrere familiae emptores oder mehrere familiae mancipationes nach einander sind doch wohl ausgeschlossen. Und doch deutet nichts darauf hin, dass es je eine Zeit ge-

geben hätte, wo die Einsetzung einer Erbenmehrheit unzulässig gewesen wäre.

Entscheidend dürfte es aber in die Waagschale fallen, dass sich im späteren Rechte nicht die geringste Spur der angeblich so überragenden Stellung des familiae emptor erhalten hat: denn in der Geschichte stirbt ja nie etwas ganz. Soweit aber unsere Zeugnisse reichen, ist der familiae emptor immer eine ziemlich bedeutungslose, unbetheiligte Mittelsperson gewesen. Wären die leges testamentariae, wie Gaius, allerdings mit Unrecht, anzunehmen scheint, eine Massregel zur Vermeidung erbloser Verlassenschaften gewesen, aus Fürsorge für die sacra, für die Legatare und Erbschaftsgläubiger: was wäre im 6. Jahrhundert näher gelegen, als den familiae emptor zu einem Liquidator der Verlassenschaft gesetzgeberisch auszugestalten? Nichts Aehnliches findet sich aber in den Quellen: unter den Vielen, die für die sacra haften, sucht man den familiae emptor vergebens, und mit den Gläubigern hat er nie etwas zu thun gehabt.

Aus alledem ergiebt sich, dass die jetzt immer mehr zur Herrschaft gelangende Ansicht, die im familiae emptor einen blossen Treuhänder erblickt, gut begründet ist. Der familiae emptor erhielt die Gegenstände, über die der Erblasser verfügt hatte, in seine tutela, custodela, mandatela, und hatte die Aufgabe, sie nach dem Tode des Erblassers den Personen zu übergeben, denen sie zugedacht waren. Die familiae mancipatio war ein Umweg, der in dem primitiven Rechte sehr häufig vorkommt, um Rechtsfolgen herbeizuführen, die unmittelbar nicht erreicht werden konnten. Ausgeschlossen war es selbstverständlich nicht, dass der Erblasser sein ganzes Vermögen durch Legate erschöpfe, wie dies im späteren griechischen und modernen Testamente nicht selten geschieht: allein die leges testamentariae und das Dasein des formellen Notherbenrechts in der späteren Zeit beweisen, dass dieser Fall nicht der Regel entsprach und nicht erwünscht war.

Es muss daher angenommen werden, dass es in Rom schon in sehr früher Zeit bei der testamentarischen Erbfolge neben

Legataren auch heredes gegeben hat. Diese heredes waren, wie schon Schulin vermuthet, die gesetzlichen Erben: sie erhielten das, was nach Berichtigung der Schulden und der Legate übrig blieb. Dafür spricht vor Allem der Umstand, dass der Ausdruck heres, der ursprünglich nur den gesetzlichen Erben bedeutet, in der Ueberlieferung seit jeher den testamentarischen Erben mitbegreift: dass das nicht selbstverständlich ist, beweist das englische Recht, das für den gesetzlichen Erben und den eingesetzten Erben verschiedene Ausdrücke hat. Dafür spricht es ferner, dass eine Reihe von Regeln, die anfänglich nur für die gesetzliche Erbfolge gegolten haben können, ohne jeden Grund auf die testamentarische Erbfolge übertragen worden sind, obwohl sie hier nur Unzukömmlichkeiten veranlassten. So vor Allem der ipso jure Erwerb der sui und der Satz: partes concursu fieri, der im testamentarischen Erbrechte zum Anwachsungsrechte geführt hat, dessen üble Folgen die spätere Jurisprudenz durch das fein ausgeklügelte System, das die Anwachsung vom Erblasser einigermassen durch die Conjunctio beeinflussen liess, vergebens zu mildern bemüht war.

Der Erblasser konnte auf das gesetzliche Erbrecht vielleicht von Anfang an durch Exheredatio und durch Aussetzung von Legaten per praeceptionem einwirken. Später mag es aufgekommen sein, einzelne gesetzliche Erben dadurch zu begünstigen, dass man sie auf einen grösseren Antheil einsetzte, als er ihnen sonst zugekommen wäre [1]. Daran anknüpfend wird

---

[1]) Es mag gestattet sein, hier auf das älteste russische Testament hinzuweisen:

„In der Prawda Ruska wird äusserlich unterschieden: die letztwillige Verfügung und der Erbgang ohne letztwillige Verfügung. Aber dem Wesen nach gibt es keinen Unterschied zwischen beiden; denn den Inhalt der letztwilligen Verfügung bildet nicht die Bestimmung eines Erben, sondern die Vertheilung des Vermögens unter die gesetzlichen Erben. Daher finden wir in der Prawda Ruska eine starke Betonung der Unverletzlichkeit des Willens des Erblassers: ‚So ist die Verfügung, wie er verfügt hat‘ (Cap. 112). ‚Die Mutter gibt, wem sie will, will sie Allen geben, so vertheilt sie an Alle‘. — Aber dieser

in der Folge auch die Einsetzung solcher Personen gestattet worden sein, die nicht zur Erbschaft als gesetzliche Erben berufen waren: vielleicht zunächst nur die der Agnaten, die aus dem Grunde nicht gesetzliche Erben waren, weil sie nicht agnati proximi gewesen sind, oder des eigenen Sklaven, der schon früh dem suus angeglichen worden ist. Auf die Einsetzung des eigenen Sklaven als Erben spielt schon Plautus im Poenulus an, es scheint sich aber um eine Erbeinsetzung durch Adoption zu handeln, die der griechischen Vorlage entnommen sein mag.

Auch der Zwiespalt zwischen der cognatischen Familienordnung und dem agnatischen Erbrecht dürfte die Entstehung der Erbeinsetzungsfreiheit beschleunigt haben.

Die Entwickelung mag die römische Cautelarjurisprudenz vermittelt haben, deren Werk das römische testamentarische Erbrecht zum grössten Theil gewesen ist. Auf ihre Thätigkeit sind jedenfalls die Regeln: heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti und nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest zurückzuführen. Wie diese Regeln, die das testamentarische Erbrecht Roms so sehr beeinflusst haben, entstanden sind, darüber lässt sich aus den Quellen allerdings nichts Sicheres entnehmen, da wir überhaupt nicht viel darüber wissen, wie die ältere römische Cautelarjurisprudenz gearbeitet hat. Es mag jedoch gestattet sein, die Vermuthung auszusprechen, dass sie anfänglich nicht Rechtsregeln, sondern Formeln für die vorsichtige Abfassung von Testamenten gewesen sind. Vielleicht hat so mancher Rechtssatz des römischen jus civile in solchen Formeln seinen Ursprung, nicht leicht hat ihn aber einer so deutlich ausgeprägt,

---

unverletzliche und heilige Wille erstreckt sich nur auf die Vertheilung des Vermögens: ‚Wenn jemand vor seinem Tode Haus und Hof unter seine Kinder vertheilt, so hat es dabei sein Bewenden, stirbt er aber ohne Verfügung. . .‘ Hier heisst ‚Verfügung‘ die Vertheilung von Haus und Hof.“ Budanow-Wladimirski, Russ. Rechtsgeschichte III. Auflage (1900) S. 145 (russisch).

wie diese beiden regulae juris. Denn es hat einen guten Sinn, den Verfassern von Testamenten zu empfehlen, mit den Erbeinsetzungen zu beginnen, und darauf zu dringen, dass die Erbfolge erschöpfend geregelt werde, — welchen Sinn es aber gehabt haben könnte, das im Vorhinein als bindende Vorschrift aufzustellen, ist unerfindlich; es ist aber möglich, dass wichtige Zwischenglieder der Entwickelung uns nicht bekannt sind. Die Umwandelung blosser „Vorsichten" der Cautelarjurisprudenz in Rechtsregeln ist andererseits vielfach bezeugt[1]).

Ueber die Einzelheiten dieser Entwickelung des testamentarischen Erbeinsetzungsrechtes besitzen wir allerdings keine Nachrichten. Immerhin ist ein wichtiges Glied nachweisbar: dass es in Rom eine Zeit gegeben hatte, wo nur die gesetzlichen Erben im Testamente eingesetzt werden konnten.

Bekanntlich wird in einigen der nachklassischen Zeit angehörenden kaiserlichen Constitutionen die dem Pflichttheilsberechtigten gebührende quarta legitima als quarta Falcidia bezeichnet: es wurde daraus und aus anderen Umständen mit Recht geschlossen, dass sich die Rechtsprechung des Centumviralgerichtshofes über das Maass des Pflichttheils auf die lex Falcidia berief. Davon kann aber keine Rede sein, dass die lex Falcidia, wie die herrschende Lehre meint, nur die äussere Veranlassung gegeben habe, den Pflichttheil gerade mit einem Viertel des Erbtheils zu bemessen: denn der Ausdruck legitimus, wo er, wie hier, als technischer gebraucht wird, weist immer auf einen sehr engen Zusammenhang einer Rechtseinrichtung mit einer in einer lex enthaltenen Vorschrift hin. Die Anwendung der lex Falcidia auf diesen Fall musste daher dem Zwecke und dem Sinne des Gesetzes entsprechen.

Unter diesen Umständen kann es kaum zweifelhaft sein, dass die leges testamentariae — denn auch von der lex Furia und der lex Voconia gilt dasselbe — mit dem formellen Noth-

---

[1]) Die Bestimmungen über die Unterschriften und Siegelung der Urkunden, im modernen Recht über Datirung.

erbenrecht in Verbindung gebracht werden müssen. Ihr Zweck ist der einer materiellen Ergänzung des formellen Notherbenrechts: ein Gesetz, das den Erben dem Legatar gegenüber begünstigt, kommt vor Allem den Personen zu Statten, die als Erben eingesetzt werden müssen. Dieser Zusammenhang war nicht nur Plinius dem Jüngeren, sondern selbst Paulus und Ulpian noch ganz gegenwärtig.

Das ist jedoch offenbar nicht die ursprüngliche Gestaltung der Sache. Sollten die leges testamentariae nur den Notherben dienen, so gingen sie über diesen Zweck offenbar weit hinaus, denn in Wirklichkeit begünstigten sie nicht bloss diesen, sondern jeden eingesetzten Erben, also auch den extraneus. Andererseits konnten sie selbst den Notherben nur vor dem Schaden bewahren, der durch allzu ausgiebige Vermächtnisse verursacht war; sie schützten ihn aber nicht vor dem nicht weniger empfindlichen Schaden, der für ihn durch Einsetzung von extranei auf grosse Erbtheile entstehen musste. Daraus ergiebt sich, dass mindestens zur Zeit, als diese gesetzgeberischen Wege eingeschlagen worden sind, also im 6. Jahrhundert, damit gar nicht gerechnet worden ist, dass extranei als Erben eingesetzt werden könnten, dass also die den Erben zugedachten Vortheile anderen Personen als den gesetzlichen Erben zufallen könnten. Als aber die Sitte, extranei einzusetzen, aufkam, genügte die Fürsorge des Gesetzgebers in den hergebrachten Formen nicht mehr; es musste einerseits ein Theil der gesetzlichen Erben als Notherben ausgezeichnet werden, und es musste überdies zum formellen Notherbrecht das materielle Pflichttheilsrecht hinzukommen. So entstand der uns bekannte Rechtszustand in der ersten Kaiserzeit. Bei Bestimmung des Pflichttheils wurde deswegen von der lex Falcidia ausgegangen, weil das dem ursprünglichen Zwecke des Gesetzes entsprach, das auch bisher thatsächlich den dem gesetzlichen Erben, also vor Allem dem Notherben zukommenden Antheil bestimmte.

Allerdings war es zur Zeit der lex Falcidia zweifellos

schon längst möglich, extranei einzusetzen, so dass die Verfasser der lex immerhin Grund gehabt hätten, nach wirksameren Mitteln zum Schutze der gesetzlichen Erben und der Notherben zu suchen. Dass sie es aber nicht gethan haben, wird trotzdem Niemand wundern können, der die Art der römischen Juristen kennt. Der Vortheil der gesetzlichen Erben und der Notherben wurde in der lex Furia und in der lex Voconia nach einer bestimmten Methode wahrgenommen. Diese erwies sich nach vielen Richtungen hin als unzureichend, folglich trachtete man, die Mängel durch die lex Falcidia zu beheben; ein weitergehender Eingriff in das bisherige Recht war nicht beabsichtigt, vielleicht auch aus irgend welchen, für uns nicht mehr erkennbaren, Gründen nicht durchzusetzen.

War übrigens die Gefahr wirklich so gross, dass der Erblasser seine nächsten Angehörigen grundlos durch Erbeinsetzung von extranei schädige? Ein Blick in unsere Quellen belehrt uns, dass sich ein extraneus nur selten unter den Erben findet, wenn der Erblasser nahe Angehörige hatte. Die allgemeine Regel scheint die gewesen zu sein, dass die nahen Angehörigen, wie im Testamente des Dasumius, als Erben eingesetzt wurden, die Fremden Legate erhielten. Selbstverständlieh muss man von Erbeinsetzungen, die besondere Zwecke verfolgten, etwa von der Erbeinsetzung des Kaisers, einer mächtigen Person, absehen. Wie eine solche Handlungsweise beurtheilt wurde, lehrt die bekannte Auslassung Ciceros gegen Antonius (Phil. II. 16, 40—41). Bei der üblichen Fassung der Testamente erreichte also die lex Falcidia vollständig ihren Zweck.

Eine besondere Beachtung verdienen die Bestimmungen der lex Voconia über das testamentarische Erbrecht der Frauen. Mit Recht werden sie von der herrschenden Meinung auf alle Frauen bezogen, also auch auf die nächsten agnatischen Erbinnen der in der ersten Klasse censirten Bürger: dafür spricht eine ganze Reihe deutlicher Zeugnisse. Wenn aber die media jurisprudentia, die Voconiana ratione die Frauen auch vom gesetzlichen Erbrecht ausschloss, es den nahen agnatischen An-

gehörigen des Erblassers usque ad consanguinearum gradum beliess, so ergiebt sich daraus, dass es nicht Absicht des Gesetzgebers war, das testamentarische Erbrecht den mit dem Erblasser nahe verwandten Frauen zu entziehen: denn es wäre sinnlos gewesen, wenn diese Frauen zwar nichts hätten bekommen können, wenn sie im Testament eingesetzt worden sind, aber ihren ganzen gesetzlichen Erbtheil erhielten, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre.

Die Lösung des Widerspruchs wurde bereits von Hölder angedeutet: die lex Voconia erklärte nur das heredem facere bei den Frauen für ungültig, es sollte also nur insofern unmöglich gemacht werden, sie zu Erben zu machen, als sie nicht ohnehin Erben waren, insbesondere auch ihnen einen grösseren als den gesetzlichen Erbtheil zuzuwenden; ihren gesetzlichen Erbtheil erhielten sie, wenn der Erblasser ein Testament errichtete, gerade so, wie wenn er ohne gültiges Testament gestorben wäre, es sei denn, sie wären enterbt worden.

Eine letzte Spur dieses Rechtszustandes erhielt sich noch bis in die klassische Zeit in dem formellen Notherbenrecht der Frauen, das in einem scriptis heredibus accrescere bestand. Die Frau erhielt ihren gesetzlichen Erbtheil neben den eingesetzten Erben, auch wenn sie nicht eingesetzt war. Damit mag es zusammenhängen, dass bei der Bemessung des Erbtheils, das den Frauen gebürte, zwischen den miterbenden sui und den extranei unterschieden worden ist: einer der wenigen Fälle, in denen das im uns überlieferten testamentarischen Erbrecht geschah. Allerdings gebührt das formelle Notherbenrecht nicht jeder Frau, die gesetzliche Erbin ist, sondern nur der sua, und ist unter dem extraneus auch der gesetzliche Erbe zu verstehen, der nicht heres suus ist. Es muss jedoch gestattet sein, darin eine spätere Gestaltung zu erblicken.

Der Hinweis auf das scriptis heredibus accrescere erledigt auch die vielerörterte Frage, wie sich die lex Voconia zum Notherbrecht der Frau, die sua war, verhielt: sie accrescirte seit jeher, ebenso wie in der klassischen Zeit, den eingesetzten

Erben, erhielt ihren Erbtheil daher, auch wenn sie nicht eingesetzt worden ist. Das muss ursprünglich auch von den Frauen, die gesetzliche Erbinnen ohne Notherbenrecht waren, wenigstens usque ad consanguinearum gradum gegolten haben; es fiel ihnen ihr gesetzlicher Antheil zu, so weit er nicht im Testamente anderen Personen zugewiesen worden ist. Das wurde anders erst, als der Satz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest anerkannt worden ist.

Die lex Voconia setzt daher einen Rechtszustand voraus, bei dem die gesetzlichen Erben auch dann berufen waren, wenn sie nicht eingesetzt wurden. Die lex Voconia gehört also offenbar der Uebergangszeit an. Das Testament ist noch im Wesentlichen Vermächtnisstestament, die Regeln: heredis institutio caput et fundamentum testamenti und nemo pro parte testatus et intestatus decedere potest sind noch unbekannt; aber der Erblasser kann bereits die gesetzlichen Erben einsetzen, um sie bei der Erbtheilung unmittelbar, nicht bloss wie früher mittelbar, durch Aussetzung eines legatum per praeceptionem, zu begünstigen. Sobald aber der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest aufkam, änderte sich die Tragweite der lex Voconia gründlich und sie wirkte jetzt geradezu unerträglich. Daher die wiederholte bittere Polemik gegen das Gesetz bei Cicero, daher das Bestreben, sie durch Auslegung auf die Personen einzuschränken, die thatsächlich durch Census in die erste Klasse aufgenommen worden sind, wodurch sie eigentlich ausser Kraft gesetzt worden ist, als der Census immer seltener wurde und endlich ganz aufhörte.

Zu demselben Ergebnisse führt die Betrachtung der actio familiae herciscundae. Es wird immer mehr erkannt, dass diese alte Klage ihrem innersten Wesen nach nicht eine Erbtheilungsklage, sondern eine Auftheilungsklage der consortes ist; sie setzt also ursprünglich eine fortdauernde Erbengemeinschaft voraus. Ein Consortium war aber, wenigstens als Regel, nur unter sehr nahe stehenden Personen denkbar: unter sui des Erblassers, unter Brüdern, unter Vettern und Neffen, nicht

aber unter Personen, die ein Testament willkürlich zusammenwürfelte. Wenn aber eine Klage, die für ein Verhältniss berechnet ist, wie es nur unter gesetzlichen Erben zu bestehen pflegt, ganz unterschiedslos auch für testamentarische Erben gilt, so liegt es wohl sehr nahe, dass zwischen testamentarischen Erben im Wesentlichen dieselben Beziehungen bestanden, wie zwischen gesetzlichen Erben.

Man könnte allerdings einwenden, dass die actio familiae herciscundae, wenn sie auch ursprünglich nur für die im Consortium stehenden gesetzlichen Erben gegolten habe, doch noch bevor das Testament aufkam, auf die gesetzlichen Erben, ohne Rücksicht auf ein zwischen ihnen bestehendes Consortium angewendet worden sein kann: ihre Anwendung auf die regelmässig nicht im Consortium stehenden testamentarischen Erben wäre dann ganz selbstverständlich. Dem steht aber entgegen, dass das legatum per praeceptionem, wohl eine der ältesten Ueberlieferungen des römischen Erbrechts, mit der actio familiae herciscundae geltend gemacht werden musste. Das wäre ganz undenkbar, wenn die Erben, denen es im Testamente zugedacht war, nicht wenigstens regelmässig consortes gewesen wären.

Es mag dahingestellt bleiben, ob noch andere Grundsätze des testamentarischen Erbrechts mit der ursprünglichen Gestalt des Testaments zusammenhängen. Nur im Betreff der postumi darf vielleicht noch eine Vermuthung ausgesprochen werden. Konnten nur die gesetzlichen Erben eingesetzt werden, so konnten es selbstverständlich nur die, die zur Zeit der Testamentserrichtung bereits gesetzliche Erben waren. Dann gab es aber kein anderes Mittel, der Thatsache, dass der Erblasser nachträglich gesetzliche Erben erhielt, die ihm besonders nahe standen, Rechnung zu tragen, als für diesen Fall zu bestimmen, das Testament trete ausser Kraft. Der Mangel der Einsetzungsfähigkeit der postumi würde jedoch nur dann zu sicheren Schlüssen berechtigen, wenn es genauer bekannt wäre, wie es um die Vermächtnissfähigkeit der postumi im älteren Rechte bestellt war.

VII.

Die Hausgemeinschaft im heutigen spanischen Gewohnheitsrechte, besonders im Rechte von Hocharagonien.

Von

Dr. José Castillejo y Duarte, Madrid u. **Ernst Ruben,** Berlin.*)

1. Einleitung.

Trotz des grossen Umfangs, den die Literatur über die Hausgemeinschaft bereits angenommen hat, ist der Hausgemeinschaft [1]) im geltenden spanischen Gewohnheitsrechte bisher, soweit wir ermittelt haben, nur einmal und zwar bei Post gedacht [2]). Selbst Georg Cohn hat sie in der Uebersicht, die er vor mehreren Jahren in dieser Zeitschrift über den Stand der Literatur in dieser Frage gab, nicht behandelt [3]). Auch Wilutzky erwähnt in seiner „Vorgeschichte des Rechts" die spanische Hausgemeinschaft nicht [4]). Diese Lücke aus-

*) Die Arbeit ist hervorgegangen aus meinen wissenschaftlichen Uebungen im Wintersemester 1903—1904, an denen beide Verfasser theilnahmen. Kohler.

[1]) Das Wort im weiteren Sinne verstanden, vgl. Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 51. Post, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz I, 124.

[2]) Post a. a. O. I, 126, Anm. 4. Allerdings begnügt sich auch Post nur mit einem Citat des Costa'schen Werkes.

[3]) Vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 113, Anm. 538.

[4]) Vgl. II, 90 ff. Dasselbe Schicksal theilt übrigens die gleichfalls äusserst interessante ungarische Hausgemeinschaft, deren Studium neuer-

zufüllen ist deshalb besonders wichtig, weil die Hausgemeinschaft im spanischen Rechte weit lebenskräftiger ist, als z. B. die so eingehend untersuchte Schweizer Gemeinderschaft [5]).

Bei der Beurtheilung der folgenden kurzen Darstellung ist daran zu erinnern, dass man bisher bereits die Frage der Hausgemeinschaft mit der des Mutterrechts und der Polyandrie in Verbindung gebracht hat [6]), dass diese Frage nicht nur das Verständniss des prähistorischen Rechts gefördert hat, sondern auch das der historischen Rechtsentwickelung wohl aller Völker, dass die Frage nicht nur privatrechtlich, sondern auch strafrechtlich und staatsrechtlich bedeutsam ist [7]), dass sie nicht nur für die Geschichte in Betracht kommt, sondern auch für das geltende Recht und seine Dogmatik [8]), für die Rechtspolitik ferner [9]), dass sie sachenrechtlich, lehnrechtlich [10]), eherechtlich [11]), erbrechtlich [12]), selbst handelsrechtlich [13]) von Wichtigkeit ist und dass sie endlich neuerdings sogar berufen ist, Fragen der Agrarpolitik [14]) zu beleuchten.. Kurzum, die Zeit wird nicht mehr fern sein, wo man die Hausgemeinschaft nicht

---

dings in Ungarn eine Förderung erhalten hat (vgl. Ákos von Timon, Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte, übersetzt von Dr. Felix Schiller, Berlin 1904).

[5]) Max Huber, Die Gemeinderschaften der Schweiz (Heft 54 von Gierke's Untersuchungen) S. 23—24.

[6]) Vgl. Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 410 ff.

[7]) Brunner, Rechtsgeschichte II, 26; bezüglich der Frage des Seniorats Bernhöft a. a. O. S. 431; es sei auch an die Bedeutung der Hausgemeinschaft für das Häuptlingsrecht der unentwickelten Völker erinnert (Wilutzky III, 19 ff.).

[8]) Für den Begriff der solidarischen Berechtigung und der Gesammthand (Bernhöft a. a. O. S. 427, Anm. 59; Max Huber a. a. O.).

[9]) Vgl. den Entwurf zum Schweizer B.G.B.

[10]) Gierke, Deutsches Privatrecht I, 666.

[11]) Gierke a. a. O. S. 665.

[12]) Bernhöft a. a. O. S. 428, 431.

[13]) Cosack, Handelsrecht S. 547 f.

[14]) Max Huber a. a. O. S. 11, 19—20.

nur mit Georg Cohn[15]) als den „Ausgangspunkt aller wirthschaftlichen Entwickelung“, sondern sogar als den Angelpunkt der ganzen historischen Rechtsbetrachtung ansehen wird[16]), und dies ist ja auch ganz natürlich; denn das Recht behandelt die sociale Seite des Menschendaseins, und diese hat überall die durch die Geburt bewirkte Rechtsgemeinschaft zur Grundlage und zum Ausgangspunkt. Gerade weil man sich aber alle diese Gesichtspunkte bei der Beurtheilung der Hausgemeinschaft zu vergegenwärtigen hat, wird man sehr vorsichtig dabei sein, eine geltende Institution, wie die im Folgenden erörterte, zur Beantwortung dieser oder jener Frage der vergleichenden Rechtswissenschaft zu benutzen. Deshalb beschränken wir uns auf eine möglichst präcise Darstellung des geltenden Rechts und weisen nur hie und da auf Rechtsverhältnisse anderer Völker hin, die geeignet sind, damit in Verbindung gesetzt zu werden. Behandelt wird in erster Linie das Recht von Hocharagonien; nur gelegentlich werden die Hausgemeinschaften der übrigen spanischen Provinzen erwähnt.

2. Die Stellung des Gewohnheitsrechts in Aragonien.

Der spanische Código Civil vom Jahre 1889 schafft keine Rechtseinheit in Spanien, vielmehr sagt Absatz 2 des Artikels 12: Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteraciones su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. Zu den provincias forales gehören Catalonien, Navarra, Viscaya, die Balearen und vor allem die Hochburg provinzieller Selbständigkeit Aragonien.

---

[15]) a. a. O. S. 50.

[16]) Man könnte beinahe die ganze „Vorgeschichte des Rechts“ von Wilutzky als einen einzigen grossen Nachweis dieser Behauptung ansehen.

Nur die Bestimmungen des título preliminar über die Geltung und Anwendung der Gesetze, sowie Buch 1 Titel 4 (Del matrimonio) gelten auch in den provincias forales. Aragonien aber nimmt innerhalb der provincias forales noch eine Sonderstellung ein. Denn nach Artikel 13 soll in Aragonien, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, der Código Civil in Kraft treten, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes. Dadurch wird nach der richtigen Ansicht[17]) dem Artikel 12 für Aragonien jede Bedeutung genommen. Darnach ist die Reihenfolge der in Aragonien geltenden Rechtsquellen folgende: 1. título preliminar und título IV Lib. I. des Código Civil; 2. die Provinzialgesetze, und zwar zuerst die fueros von 1547 bis 1702, dann die compilación von 1547 und in letzter Reihe die observanciones von 1437[17a]); 3. das provinzielle Gewohnheitsrecht. 4. (Nach den Anschauungen der spanischen Jurisprudenz), naturalis sensus vel aequitas; 5. der Código Civil nach Massgabe des Artikels 13[18]). Daraus ersieht man, dass die praktische Geltung des Código Civil eine sehr geringe ist[19]). Daraus folgt aber wiederum die gewaltige praktische Bedeutung des foralen Gewohnheitsrechts, das mit Zähigkeit sich der Codification eines vorzugsweise auf castilianischem Rechte beruhenden Gemeinen Rechtes 40 Jahre lang widersetzte. Besonders auf dem Gebiete des

---

[17]) Ripollés, Jurisprudencia Civil de Aragón recopilado, S. 293.

[17a]) Q. Mucius Scaevola, Código Civil, I p. 209.

[18]) Q. Mucius Scaevola, Código Civil, tom. I p. 209. Lehr, Le droit civil espagnol 2, VI; Abella, Introduccion historica S. 47; falsch: Teófilo y Doroteo, Código Civil S. 47. Vgl. auch die Uebersicht bei P. d. Liñán y Equizábal, Nociones de derecho usual español p. 72—74.

[19]) Keineswegs ist demnach der spanische C. C. auf eine Stufe mit dem deutschen B.G.B. zu setzen. Lehr's Prophezeiung: nous croyons que leurs (der fueros) jours sont comptés ist nicht eingetroffen. Vielmehr ordnet das Gesetz vom 11. Mai 1888 die Codification des Provinzialrechtes an.

Familienrechts ist das starre Festhalten an den alten provinzialen Gewohnheiten am ausgeprägtesten. La robusta y firme constitución de la familia aragonesa kämpfte mit Erfolg gegen die novisima y extranjera (!) tendencia im Código Civil an [20]), und besonders beruht das Institut der Hausgemeinschaft auf uraltem aragonischen Gewohnheitsrechte. Die zähe Gebirgsbevölkerung hat, trotz römischer und trotz germanischer Fremdherrschaft, ihr Blut wie ihr Recht rein erhalten. Es ist aber auch natürlich, dass gerade in Aragonien mit seinem rauhen Gebirgsklima, das die Familienglieder am häuslichen Herde zusammenhält — während im Süden Spaniens die üppige Fruchtbarkeit und die weitgedehnten Ebenen die Familienbande zerreissen — sich die Hausgemeinschaft erhalten hat [21]).

3. Quellen und Literatur.

Wie schon oben erwähnt, sieht zwar das Gesetz vom 11. Mai 1888 eine Aufzeichnung des foralen (Gesetzes- und) Gewohnheitsrechtes vor. Die Aussichten aber, dass die Provinzialgesetzbücher zu Stande kommen, sind ebenso gering, wie sie es bei uns zur Zeit des Allgemeinen Landrechts waren. Demnach ist man zur Zeit beim Studium des aragonischen Gewohnheitsrechts auf Privatarbeiten angewiesen [22]).

Die älteren Werke können keinen Anspruch auf exakte,

---

[20]) Liñan a. a. O. S. 61; allerdings vom katholischen Standpunkt aus geschrieben.

[21]) Costa construirt in seinem Derecho consuetudinario de España in begeisterten Ausführungen ein besonders den Aragoniern eigenthümliches hohes Rechtsgefühl, das zur Erhaltung der Hausgemeinschaft beigetragen haben soll.

[22]) Anders bekanntlich beim Studium der Schweizer Gemeinderschaft, die durchweg auf Gesetz beruht (Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 5—34) und der gleichfalls gesetzlich geregelten Hausgemeinschaften in Japan sowie in Croatien, Slavonien, Serbien und Montenegro (vgl. hierzu die nicht genügend bekannte Schrift von Bogišić, De la forme dite inokosna de la famille rurale chez les Serbes et les Croates. Paris 1884).

unseren heutigen wissenschaftlichen Anforderungen genügende Forschungen erheben. Wohl aber ist es in den letzten Jahren der Energie Joaquin Costa's gelungen, im Verein mit Anderen ein Werk herzustellen, das auf genauester, mühevollster Einzelforschung von Dorf zu Dorf, durch Befragen der älteren Dorfgenossen, durch Studium der notariellen Urkunden beruht. Der Name Costa bürgt dafür, dass man gewissenhaft zu Werke gegangen ist [23]). Die Rechtsprechung kommt nur soweit in Betracht, als die Anerkennung der gewohnheitsrechtlichen Hausgemeinschaft überhaupt in Frage steht [24]), nicht aber hinsichtlich der gesetzlichen Regelung des Instituts.

Dies hängt mit der weiter unten zu besprechenden Eigenthümlichkeit der aragonischen Hausgemeinschaft zusammen, welche Streitigkeiten stets durch Schiedsgerichte (in Form von consejos de familia) entscheiden lässt, so dass die staatlichen Gerichte so gut wie gar nicht in die Lage kommen, die Regeln über die Hausgemeinschaft anzuwenden. Die folgende Darstellung beruht im Wesentlichen auf Costa's Arbeiten.

4. Das Wesen der aragonischen Hausgemeinschaft.

Das Wesen der aragonischen Hausgemeinschaft beruht, wie das Wesen aller Reste solcher Gemeinschaften, die sich heute bei kultivirten Völkern finden, auf einer interessanten Einfügung der der prähistorischen Epoche der Hauscommunionen entsprechenden primitiven wirthschaftlichen Ideen in die auf individualistischer Grundlage aufgebauten Ideen des modernen Rechts, und nicht mit Unrecht sieht Costa gerade eine Eigenheit der aragonischen Hausgemeinschaft darin, dass sie harmonischer als beispielsweise die slavischen Commu-

---

[23]) Der Titel des Werkes lautet: „Derecho Consuetudinarioy Economia Popolar de España (Barcelona 1902).“ Im ersten Bande behandelt Costa das Gewohnheitsrecht von Hocharagonien, der zweite Band enthält von Costa's und seiner Mitarbeiter Hand die Gewohnheitsrechte von Zamora, Viscaya, Valencia, Asturias, Alicante, Ciudad Real, Tarragona, León, Jaén, Burgos, Soria, Logroño, Zaragoza und Santander.

[24]) Ripollés S. 13.

nionen die Momente der socialen Gebundenheit und individuellen Freiheit versöhnt. Allerdings ist stets der Gang der historischen Entwickelung bei den Hauscommunionen ein Eindringen individualistischer Momente und eine dadurch herbeigeführte allmähliche Modification und späterhin Zerrüttung der Hausgemeinschaften [25]). Aber so liegen die Verhältnisse in Hocharagonien nicht. Hier findet nicht eine Vereinigung der socialistischen und individualistischen Momente im Sinne einer solchen organischen historischen Entwickelung statt, vielmehr geht aus Costa's Darstellung eine systematische Einfügung des aragonischen Rechtsinstitutes in die auf individualistischer Grundlage aufgebaute Systematik des modernen Rechts hervor. Der springende Punkt hierbei ist, dass die Institution streng nach dem Vertragsrechte nicht nur construirt wird, sondern in dem Rahmen der Vertragsbegriffe thatsächlich ihre Erscheinungsformen Verträge (die unten zu besprechenden heredamientos) sind. Dazu kommt ferner noch die schrankenlose Freiheit jedes einzelnen Mitgliedes, nach Belieben jederzeit auszuscheiden. Das individualistische Freiheitsmoment steht also gewissermassen der socialistischen Gebundenheit des Familienvermögens gegenüber. Alles Trachten und Sinnen geht auf die Erhaltung der Familie und, als der Grundlage der Familie, des Familiengutes hinaus [26]). Die Vermischung beider Elemente ist das Kennzeichen und das Wesen der aragonischen Hausgemeinschaft. „Die Freiheit bindet sich freiwillig im Interesse der Gesammtheit. Das Bewusstsein des Einzelnen ist die einzige Fessel und die einzige

[25]) Vgl. z. B. die Ausbildung der Sondergüter und der Testirfreiheit innerhalb der indischen Hausgemeinschaft (Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VII S. 195, X S. 437 ff. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 8 ff.).

[26]) La independencia montaraz, la santidad y casi idolatria que les inspiraba el terruño, la conciencia noble y honrada de la propria dignidad y soberana bizarría contribuyeron de uno ú otro lado, á la firme constitutión de una familia, norte de todos sus desvelos (Liñan S. 187).

Quelle der Thätigkeit in einem System, das auf absoluter Freiheit beruht. Schlecht stände es um die Gemeinschaft, wenn das Individuum keinen anderen Zügel hätte, als das strenge positive Gesetz.“

Die aragonische Hausgemeinschaft ist gleich der Schweizer Gemeinderschaft eine bäuerliche Gemeinschaft; sie beruht bei dem grossen Werthe, den die Arbeitskräfte hier haben, auf der gemeinschaftlichen Arbeit zu gemeinschaftlichem Erwerbe [27]. Aber es ist keine Erbengemeinschaft, wie im Schweizer Recht [28], sondern ein reines Verwandtschaftssystem. Die Abstammung ist grundsätzlich das Massgebende. Daneben ist das Princip des gemeinsamen Haushalts von Bedeutung, das Bernhöft [29] für das europäische Familienrecht allgemein nachgewiesen hat. Im Wesentlichen liegt ein Zusammensitzen zu Gedeih und Verderb vor. Es giebt nicht nur rechtlich, wie in der Schweiz [30], sondern thatsächlich nur einen Haushalt. Dieser Grundsatz wird nur dadurch unterbrochen, dass zeitweise, nie dauernd, Mitglieder auswärts Arbeit suchen können.

Object der Gemeinschaft ist ein Bauerngut, dessen Grösse sehr schwankt, das aber stets, wie dies ja allenthalben für die Hausgemeinschaften gilt, eine wirthschaftliche Einheit darstellt, die den Mitgliedern zusammen die Führung einer eigenen Wirthschaft gestattet.

Wer juristisch als Eigenthümer dieses Familiengutes anzusehen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Man gewinnt aber aus Costa's Buch den Eindruck, dass das Familiengut Gesammtgut aller Gemeinder ist und dieses Ergebniss stimmt ja auch mit dem bei den meisten übrigen Hausgemeinschaften überein [31]. Allerdings ist in der spanischen Jurisprudenz der

[27]) Vgl. hierzu Wilutzky II, 89.

[28]) Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 117.

[29]) a. a. O. S. 410.

[30]) Max Huber S. 34.

[31]) Vgl. für die Schweiz Georg Cohn und Max Huber, für Indien Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VII S. 195.

Gedanke unserer Gemeinschaft zur gesammten Hand nicht durchgedrungen, und die gelehrten Richter, die als Grundbuchrichter die Frage zu prüfen haben, sehen keineswegs einheitlich die Gesammtheit der Gemeinder als Eigenthümer an, vielmehr interpretiren sie einfach den Wortlaut des Vertrages, der der betreffenden Gemeinschaft zu Grunde liegt. Es scheint aber nach dem Studium der von Costa beigebrachten Urkunden die Annahme völlig ausgeschlossen, dass ein Alleineigenthum des Familienoberhauptes vorliegt[32]. Erwägt man dazu, dass die Zustimmung aller Mitglieder zur Verfügung über die Substanz erforderlich ist[33], und dass es keineswegs feste Theile, sondern nur schlummernde Quoten giebt, so erscheint die aragonische Hausgemeinschaft als „eine personenrechtliche Gemeinschaft, bei der die verbundenen Personen insgesammt zur activen Mitträgerschaft der Gemeinsphäre berufen sind", d. h. sie erscheint als eine Gemeinschaft zur gesammten Hand[34]. Ob sie allerdings als juristische Person mit der im Código Civil 38 für die juristischen Personen gegebenen Rechtsstellung aufzufassen ist, muss geleugnet werden. Dazu wäre wohl, wie in Montenegro[35], ein besonderes Gesetz nothwendig, wozu aber kein Bedürfniss vorliegt. Diese Construction der Hausgemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesammten Hand würde, wenn sie in Spanien zum Durchbruch gelangte, von grosser Bedeutung für das spanische Recht überhaupt sein, denn besonders für die spanische Landwirthschaft sind die Gemeinschaften von grösster Wichtigkeit. Die Gemeinheitstheilung ist für weite Gebiete Spaniens noch nicht völlig durchgeführt. So haben wir in Aragonien Wiesengemeinschaften[36], die Gemeinschaften an Arbeitssthieren[37], an

[32]) Wie z. B. bei den Slaven (Georg Cohn a. a. O. S. 109) und bei afrikanischen Völkern (Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XV S. 325).

[33]) Wie ja auch in der Schweiz Max Huber S. 44.

[34]) Gierke, Deutsches Privatrecht I, 664.

[35]) Georg Cohn a. a. O. S. 106.

[36]) Vgl. Ripollés S. 392; Código Civil S. 594 ff.

[37]) Costa I, 284.

Gemüsegärten [38]), in Valencia Fischereigemeinschaften [39]), in Léon Mühlengemeinschaften [40]); hat doch sogar Costa seine Arbeitskraft eingehend dem Colectivismo agrario gewidmet [41]) und eine ungeheure Mannigfaltigkeit solcher Gemeinschaftsverhältnisse im heutigen Spanien gewissermassen neu entdeckt.

5. Die Entstehung der Hausgemeinschaft; das heredamiento universal.

Die spanische Hausgemeinschaft ist, wie schon gesagt, keine Erbengemeinschaft. Sie entsteht nicht etwa dadurch, dass die Erben nach dem Tode des Familienhauptes zusammen im gemeinsamen Haushalt wohnen bleiben [42]); auch tritt nicht der Haussohn kraft Erbrechts an die Stelle des Vaters, sondern kraft der Vermögensgemeinschaft [42a]); vielmehr ist ihre Grundlage ein Vertrag, ein sogen. heredamiento universal. Verheirathet sich nämlich ein Haussohn, so verpflichten sich die Brautleute gegenüber den Eltern en las capitulaciones matrimoniales, á instituir en la universalidad de la herencia á aquel de los hijos ó hijas que por sus condiciones fuese más conveniente para la familia, dotando á los demás según las facultades de la casa [43]). Anscheinend liegt hier ein blosser Erbeinsetzungsvertrag vor, und in der That ist auch das hereda-

---

[38]) a. a. O. I, 327.

[39]) Ebendaselbst II, 269.

[40]) Ebendaselbst II, 253.

[41]) Colectivismo agrario en España. 2 Bände. Madrid 1898.

[42]) Wie die communautés taisibles der Schweiz (à un pot et à un pain) [vgl. Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 86 ff.] oder die alte ungarische Gemeinschaft (vgl. A magyar polgári-törvény, Sáros-Patak. 1824, §§ 358 ff.).

[42a]) Vgl. hierzu das ungarische Recht bei Timon S. 336 u. 388; entsprechend ist auch unten die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau aufzufassen, siehe unten Anm. 112.

[43]) Costa, Derecho Consuetudinario I, 88.

miento mit dem deutschen Erbvertrag verglichen worden[44]). Aber in Wahrheit besteht die Grundidee des Vertrages in una aspiración á la immortalidad de la familia; man will nicht nur einen Erben einsetzen, sondern will die folgende Generation zur Erhaltung der Familie und des Familiengutes verpflichten. Formell besteht die Verpflichtung der Brautleute darin, seinerzeit mit einem ihrer Söhne wiederum ein solches heredamiento abzuschliessen, und so wird die Familiengemeinschaft von Generation zu Generation mit Hülfe solcher heredamientos erhalten. Die heredamientos sind gewissermassen die Krücken, auf denen die alte Hauscommunion sich ins moderne Recht hinübergerettet hat.

Das heredamiento kommt in dieser Weise auch in anderen spanischen Provinzen vor, so in Catalonien[45]), auf den Balearen[46]) und in Navarra[47]).

Vergeblich hat sich die spanische Wissenschaft bemüht, dieses heredamiento in die herrschende Systematik einzufügen. Soweit die Eltern am Vertrage theilnehmen, hat man von einer Schenkung inter vivos post mortem gesprochen, soweit die Brautleute betheiligt sind, hat man darin ein Testament gesehen[48]). In Wahrheit liegt ein der Stellung des japanischen Hauserben[49]) entsprechendes Gebilde vor, dessen Kern Wilutzky[50]) als dem Weltrecht angehörend nachgewiesen hat[51]). Denn das Charakteristische dieses Vertrages liegt nicht

---

44) José Castillejo y Duarte, La forma contractual en el Derecho de sucesiones, S. 84.

45) Vgl. Durán y Bas, Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña.

46) Liñan a. a. O. S. 189—190.

47) Vgl. Costa I, 82 f.

48) Liñan S. 189—190.

49) Vgl. Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 437.

50) II, 175.

51) Costa bemüht sich erfolglos, das heutige Recht des heredamiento in Aragonien als eine Vermischung des von den Basken stammenden

in der Form, in der er äusserlich zu Tage tritt, sondern in dem socialen Hintergrund und dem Zweck, und will man sich nicht zu dem einzig richtigen Gedanken verstehen, die heredamientos nicht als die Grundlage der Hausgemeinschaften anzusehen, sondern als ihre Aeusserungen, gewissermassen als blosse Regierungsvorschriften für die folgende Generation, so sollte man doch zum Mindesten endlich in Spanien das heredamiento als einen contractus sui generis zu verstehen trachten.

Die Form des heredamiento ist gewöhnlich bei dem gran respeto al documento in Aragonien[52]) der notarielle Vertrag[53]). Feierlich kommen die Brautleute und ihre Eltern zusammen; falls eines der Elternpaare schon verstorben ist, der später zu besprechende Familienrath (consejo de familia). Was vereinbart werden soll, steht zum grössten Theil in Wahrheit gar nicht im Belieben wenigstens der Eltern, die ja durch das mit ihnen bei ihrer Verheirathung geschlossene heredamiento gebunden sind; entsprechend ist etwaigen Falls der consejo de familia an die Instruction gebunden. Die Brautleute aber unterwerfen sich in dem Vertrage den Bestimmungen des alten heredamiento; für sie bedeutet der Vertrag einen Verzicht auf die ihnen nach dem Gesetze zustehende unbeschränkte Nachlassquote. Auch hier also wieder Zwang und Freiheit vermischt!

Der Inhalt des heredamiento kann nun, trotz der Gebundenheit, sehr mannigfaltig sein. Die gewöhnlichste Form ist die folgende:

„Item es pacto entre dichas partes (los contrayentes y sus respectivas familias), que un hijo ó hija del presente matrimonio haya de ser y sea universal heredero

---

Erstgeburtsrechtes und der durch die Kelten (?) ins Land gebrachten Testirfreiheit darzulegen.

[52]) Ripollés S. 516.

[53]) Vgl. hierzu das Erforderniss der Gerichtlichkeit bei der Gründung einer Gemeinderschaft im Züricher P.G. § 555.

de la referida casa y bienes de entrambos contrayentes, aquel ó aquella que á sus padres juntos ó al sobreviviente de ellos pareciese más á propósito para su conservación y perpetuidad; cuyo nombramiento harán con los pactos que tuvieren por justos y convenientes respecto de los demás hijos y de dicha casa; y si muriesen ambos padres sin haber hecho tal nominación, la efectuarán con las mismas facultades dos parientes consanguineos los más cercanos de cada parte, y el alcalde que es, ó por tiempo será, de la presente villa, juntos ó la mayor parte de ellos“ [54]).

Hier werden also die Grundsätze, nach denen späterhin unter den Söhnen das Familienhaupt ausgesucht werden soll, im Vertrage selbst angegeben. Möglich ist es aber auch, diese Grundsätze in das freie Belieben der zur Ernennung Berechtigten zu stellen.

Es kommt auch nicht selten vor, dass ein consejo de familia ernannt wird, mit dem Auftrage, wenn es soweit ist, den Erben auszuwählen. Er wird aber nur subsidiär eingesetzt für den Fall, dass die Eltern sterben, ohne die sogen. nombramiento de heredero vorzunehmen:

„y casa de fallecer ambos padres sin disponer, harán dicha elección y nombramiento de heredero, con iguales facultades, los parientes consanguíneos mas cercanos, dos de cada parte, y el cura que entonces fuere de este lugar de F., juntos todos ó la mayor parte de ellos“ [55]).

Hierbei werden dem consejo de familia Instructionen gegeben; der Erbe muss sein:

„apto en lo fisico y en lo moral, y non desmereciéndolo por sus circunstancias“ [56]).

---

[54]) Costa S. 89—90.
[55]) Costa S. 90.
[56]) Costa S. 90.

Er darf nicht:

„por algún acto deshonroso á la familia"

sein. Gewöhnlich wird die Wählbarkeit auf die Söhne erster Ehe beschränkt; nicht selten aber sind auch die Fälle, in denen es heisst:

„Pero si el contrayente (el hijo de los instituyentes) enviudase y contrajese otro ú otros matrimonios, podrá ser nombrado heredero de dicha casa y bienes [por el viudo, ó, en su caso, por el consejo domestico] el hijo ó hija que parezca convenir más entre los de ésta ó de las demás uniones indistintamente" [57]).

Damit die materielle Grundlage der Familie, das Familiengut, nicht getheilt wird, wird von den Eltern des einen vertragschliessenden Theiles bezw. dem consejo de familia der Erwählte gewissermassen zum Universalerben der Hausgüter gemacht, während den anderen Kindern nur indirecte Rechte an dem Hausvermögen zustehen. Jedoch fällt der Uebergang des Familiengutes von der alten an die neue Generation nicht stets mit der Verheirathung des zum Nachfolger erwählten Haussohnes und dem Abschluss des heredamiento zusammen. Denn die Uebergabe des Familiengutes an die folgende Generation bedeutet für die Eltern eine Aufgabe ihrer Rechte, ein sich zur Ruhe setzen [58]); sie werden also gewissermassen schon bei Lebzeiten beerbt. Wenn nun aber die Väter noch rüstig sind, so behalten sie sich im heredamiento die Oberherrschaft im Hause (el señorío mayor) vor, den Niessbrauch und die Verwaltung des Vermögens, wie z. B. in folgender Urkunde:

„El contrayente F., para ayuda y contemplación del presente matrimonio, trae á él su persona y todos sus bienes en general; y en especial, sus padres N. y X. le instituyen y nombran heredero universal de su casa y

---

[57]) Costa S. 91.

[58]) [Entsprechend dem japanischen Ingo-Institut. Kohler.]

patrimonio llamado vulgarmente T., así como de todos los demás bienes, muebles y sitos, habidos y por haber, pero entendiéndose esta institución para después de los días de los expresados instituyentes ó donantes, pues para mientras vivan se reservan el señorio mayor, usufructo libre é indepediente administración de los mencionados bienes donados; y además, que cuando fallezcan le sean celebrados el entierro, honores y demás sufragios según costumbre de la casa [ó en la forma que se hizo con sus antecesores] y estilo antiguo de la parroquia . . ." [59]).

Eine alte Formel hierfür ist:

„se reservan el ser señores mayores y repartidores del recau (comestibles)" [60]).

Zuweilen wird dies auch negativ gefasst und tritt dann als Verfügungsbeschränkung für den Sohn auf, indem entweder bestimmt wird, dass die Einkünfte nur für das Gut verwendet werden sollen:

„el usufructo ó sea, los productos del patrimonio, se destinarán integros á la conservación y aumento de la casa,"

oder indem sich die Eltern vorbehalten, ihre Einwilligung zu Verfügungen über die Substanz zu geben:

„el heredero no podrá vender bienes raíces de ninguna clase sin consentimiento de los donantes ó instituyentes, ni éstos sin el de aquél."

Bedenkt man, dass umgekehrt, auch wenn sich der Vater freies Verwaltungsrecht behält, er doch nicht das Gut veräussern oder nur belasten darf, so ergiebt sich in Wahrheit eine Art von Miteigenthum zwischen der alten und neuen Generation. Diese Annahme wird noch dadurch verstärkt,

---

[59]) Costa S. 92.
[60]) Costa S. 93.

dass ja ein gemeinsamer Haushalt von den Instituenten und den Instituirten geführt wird.

Der Kreis kann sich aber noch dadurch erweitern, dass die Instituenten sich das Recht vorbehalten, eine zweite Ehe einzugehen, si bien habrán de procurar que sea con persona de su clase y de más de 40 años edad.

In den Fällen, in denen auf Grund eines früheren heredamiento einem consejo de familia die Ernennung des zukünftigen Familienoberhauptes zufällt, erfolgt die Ernennung in einer notariellen Urkunde, in der dann zugleich die Vollmacht erwähnt wird, z. B.:

> „los referidos F. y N., cónyuges, X. y Z., cónyuges también, y José N., los primeros como más próximos parientes, y el ultimo como vindo, dueño de la casa; en virtud de las facultades conferidas por Francisca R. en la capitulación de su matrimonio con el José N., en cláusula que dice asi . . . . . en uso de dichas facultades, decíamos, y á causa de haber fallecido la Francisca R. sin disponer, los citados parientes instituyen heredera universal á la contrayente Josefa N. y R. de todos los bienes muebles, inmuebles, créditos, etc., con las condiciones siguientes . . .“

Oft liegt nun darin, dass ein neues Familienhaupt als heredero universal eingesetzt wird, noch keine genügende Gewähr für den dauernden Bestand der Familie. Wie, wenn der Eingesetzte stirbt, ohne einsetzungsfähige Söhne zu haben? Für diese Fälle wird oft ein Ersatzheredero ernannt.

Besonders interessant sind die heredamientos, die im Anschluss an ein matrimonio en cambio (Wechselehe) geschlossen werden, in denen ein heredero und seine Schwester sich mit einem anderen heredero und dessen Schwester wechselseitig verheirathen. Diese Fälle sind deshalb besonders interessant, weil sie auf die Zeiten des Frauentausches zurückzudeuten scheinen. So berichtet man aus dem westlichen und mittleren

Dekkan[61]), dass hier sogar unter Umständen drei Familien gewissermassen „scontrationsweise" sich verbinden; bei den Tudas verschwägert sich sogar jede einzelne Generation stets aufs neue wechselseitig[62]). Auch in Arabien kommen solche Tauschgeschäfte vor[63]). Das südfranzösische Recht kennt noch im 19. Jahrhundert ein mariage par échange[64]). Wirthschaftlich liegt, und das tritt in Aragonien besonders deutlich hervor, eine Aufrechnung der Mitgiften vor, die sonst von dem Hause, aus dem die Frau austritt, das also von der Unterhaltspflicht gegenüber der Frau befreit wird, an das Haus des Bräutigams zu zahlen ist, dem von nun an die Unterhaltspflicht zufällt[65]).

6. Die herrschaftliche Struktur der Gemeinschaft; das Familienoberhaupt; consejo de familia.

Die aragonische Hausgemeinschaft ist herrschaftlich organisirt[66]), dies geht schon daraus hervor, dass das Familienoberhaupt formell als Universalerbe auftritt, also aus den übrigen Familienmitgliedern deutlich herausgehoben wird.

---

[61]) Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. S. 812.

[62]) Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 16.

[63]) Wilutzky I, 182.

[64]) Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 91.

[65]) Im französischen Recht scheint der Gedanke nicht ganz derselbe zu sein. Denn soweit man aus der Gestalt, die das Institut in der reprêt der Franche Comté angenommen hat, schliessen könnte, liegt das Schwergewicht hier nicht auf einer Aufrechnung der Mitgiften, sondern darauf, dass die Braut einseitig das Erbrecht im väterlichen Hause behält.

[66]) Wie ja zumeist die Hausgemeinschaften; vgl. Wilutzky I, 53, 58; III, 9; bezüglich der Schweiz Georg Cohn S. 42, 43 und den Entwurf zum Schweizer B.G.B.; besonders aber ist an das ungarische Recht zu erinnern, wo das Wort család (Familie, Hausgemeinschaft) von cseléd (Diener, Untergebener) herkommt, und schon so die herrschaftliche Organisation betont wird; auch heisst der Hausvater úr (Gebieter), vgl. hierzu Timon S. 334.

Hierin stimmt das aragonische Recht mit dem germanischen überein, denn auch die häusliche Gemeinschaft der Germanen ist, anders als das genossenschaftlich organisirte Geschlecht, ausgeprägt herrschaftlicher Natur[67]. Allerdings ist die Macht des Familienoberhauptes in Aragonien über die Familienmitglieder nicht so stark wie in Deutschland oder in Rom[68]; aber doch spricht selbst Costa davon, die Gemeinschaft werde „regida por el padre“ und „los demás hermanos le obedecen y respetan“[69].

Er besitzt eine Disciplinargewalt über die Mitglieder und führt die laufenden Geschäfte. Ihm steht el gobierno activo de la comnnidad zu. Wie das Oberhaupt bestimmt wird, haben wir oben gesehen. Es haben also die Gemeinder selbst keinen Einfluss auf die Ernennung des Familienoberhauptes[70]. Es herrscht nicht das Recht der Erstgeburt[71], auch nicht der Seniorat[72]; sondern das Oberhaupt wird vom Vater oder dem Familienrath in einem heredamiento frei erwählt. Das Kriterium ist ein moralisches und ein wirthschaftliches: wer am geeignetsten zur Verwaltung und Leitung der Gemeinschaft ist, und wer zugleich das grösste Vertrauen verdient, wird gewählt. Es sei noch erwähnt, dass das Recht zur Ernennung eines Ersatzheredero, von dem schon oben die Rede war, im

---

[67]) Gierke I, 12.

[68]) Anders freilich in Asturien, wo die Kinder als subditos y dependientes bezeichnet werden; vgl. Manual Pedregal, Derecho consuetudinario II, 106.

[69]) Costa I, 32.

[70]) Anders in der Zadruga, in der die Hauscommunionsversammlung den Staresina wählt. Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 103. Miler, Die Hauscommunionen der Südslaven, Jahrbuch der intern. Vereinigung III, 207.

[71]) Wie in Japan. Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 438.

[72]) Welchen Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 428, als die älteste Erbfolgeordnung der europäischen Völker nachgewiesen zu haben glaubt.

aragonischen Rechte nicht vereinzelt ist, sondern sich auch in der montenegrinischen Kuća findet[73]).

Aber wie wir schon öfters in Aragonien die Kreuzung entgegengesetzter Ideen gesehen haben, so haben wir auch hier neben diesem monarchischen Princip ein starkes republikanisches. Denn das Familienoberhaupt (jefe de la familia) hat keineswegs das Recht zur selbständigen privatrechtlichen Vertretung und Verfügung über das Gut[74]); vielmehr ist die Gewalt des pater familias über das Vermögen nur stärker als das der anderen, im Uebrigen aber haben Alle Gewalt am Vermögen[75]). Das republikanische Moment kommt darin zum Ausdruck, dass el poder legislativo in den Händen aller Genossen liegt. Toda resolution de importancia ha de ser acordada de mancomún. Dazu gehört besonders die Verfügung über die Substanz[76]).

Neben dem wirklichen jefe de la familia kommt noch häufig ein Ehrenvorsitzender vor, nämlich der gewissermassen auf seinem Altentheil sitzende Vater, der sich die jefatura honoraria vorbehalten hat. Die Bedeutung seiner Stellung hängt lediglich von seiner körperlichen Rüstigkeit ab und von dem Grad, in dem er sich Anerkennung verschafft.

Das zweite leitende Organ der aragonischen Hausgemeinschaft ist der consejo de familia, der in dieser Weise wohl sonst in keinem Recht ausgebildet ist. Ihm liegt ein Theil der Aufgaben ob, die in anderen Rechten dem Familienoberhaupt zufallen, wie z. B. die Schlichtung von Streitigkeiten[77]).

Hinsichtlich seines Ursprungs ist zwar anzuerkennen, dass ein consejo de familia im spanischen Rechte schon seit den

---

[73]) Georg Cohn a. a. O. S. 107.

[74]) Anders bei der Zadruga, wo aber hingegen die Mitglieder durch das erwähnte Wahlrecht entschädigt werden.

[75]) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 426.

[76]) Vgl. Costa I, 32.

[77]) Vgl. hierzu das serbische und kroatische Recht. Georg Cohn a. a. O. S. 103.

ältesten Zeiten vorkommt und zwar (im Anschluss an das römische Recht)[78]) im Fuero Juzgo l. IV. tit. III. c. III. und im Fuero Real l. III. tit. VIII. c. III. Ihm schliesst sich das Provinzialrecht an[79]); und dann führt die Entwickelung über das droit contumier und den Code Napoléon zum spanischen Gesetz von 1862, welches unter Umständen die Zustimmung des Familienrathes zur Eheschliessung fordert, und zum Código Civil Art. 293 ff.[80]).

Aber dieser consejo de familia ist innerlich von dem der aragonischen Hausgemeinschaft verschieden. Denn bei jenem handelt es sich im Grossen und Ganzen um das Institut, das auch wir im Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1858 ff. haben. Es ist im Wesentlichen der conseil de famille des Code Napoléon, nur dass der spanische Familienrath eine etwas grössere Selbstständigkeit hat[81]).

Hingegen steht der consejo de familia des aragonischen Gewohnheitsrechtes auf einer Stufe mit der japanischen Familienversammlung, die unter Umständen zur Wahl des Hauserben berufen ist[82]), mit der aus allen über 8 Jahre alten Familienmitgliedern bestehenden Hauscommunionsversammlung in Kroatien und Slavonien[83]), und mit dem Rath der Gesellschafter, den der maître de communauté der Schweiz bei wichtigen Acten zu befragen hat[84]). Es giebt dann eben neben dem consejo de familia des Gesetzesrechtes[85]) noch einen

---

[78]) C. V. 4 c. 18.

[79]) Fuero unico de liberationibus et absolutionibus tutoribus per minores faciendis, von 1348; fuero 1 de contractibus conjugum, von Huesca 1247; observancia 1 de jure dotium, lib. Observantiarum Regni Aragonum.

[80]) Vgl. Q. Mucius Scaevola, Código Civil IV, p. 89 und V, p. 319 ff.

[81]) Lehr II, 137.

[82]) Vgl. Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 440.

[83]) Georg Cohn a. a. O. S. 103.

[84]) Vgl. a. a. O. S. 88.

[85]) Obgleich die Geltung des gesetzlichen Consejo de familia in

anders gearteten consejo de familia des Gewohnheitsrechtes, welche Costa anscheinend unrichtig historisch identificiren will.

Allerdings hat diese Seite der aragonischen Hausgemeinschaft besonders viel Anfechtung von Seiten der gelehrten Richter erfahren, und das Tribunal Supremo hat noch vor Kurzem erklärt, die Ernennung eines heredero durch die nächsten Verwandten sei zwar gültig, pero fundado en que tal era el espíritu de la cláusula, y no en que el Consejo de familia existiera como derecho consuetudinario, por lo que no puede decirse que en Aragón fuese conocido el Consejo de familia[86]. Aber trotzdem ist daran festzuhalten, dass dieser consejo de familia ein Gebilde des Gewohnheitsrechtes ist und zwar herausgewachsen aus der uralten Hausgemeinschaft als remate y corona de tan complejo organismo[87].

Der consejo de familia des aragonischen Gewohnheitsrechtes ist keineswegs eine dauernde Institution, deren Zusammensetzung und Wirkungskreis einheitlichen Regeln untersteht, vielmehr werden jedesmal im heredamiento die Mitglieder und Aufgaben besonders bezeichnet. Gewöhnlich besteht der consejo de familia aus zwei bis vier der nächsten Blutsverwandten. Sie entscheiden nach Mehrheitsbeschlüssen; bei Stimmengleichheit wählen sie noch einen Verwandten, den Pfarrer, Richter oder Alcalde hinzu. Die Mitglieder theilen sich unter Umständen die Aufgaben; meist wird bestimmt, dass die Verwandten mütterlicherseits die vom Mutterstamm herrührenden Güter beaufsichtigen, die väterlichen Verwandten die von der väterlichen Seite herrührenden Güter. Von den besonderen Erscheinungsformen des consejo de familia seien folgende erwähnt:

1. Zur Ernennung des heredero für den Fall, dass der Vater nicht die Ernennung bei Lebzeiten vorgenommen hat;

Aragonien bestritten ist; vgl. Ripollés S. 148 ff., besonders aber Q. Mucius Scaevola, Código Civil, Appendice I, p. 532.

[86]) Vgl. Ripollés S. 148—150 und S. 386 f.

[87]) Costa I, 33.

hier besteht der consejo de familia meist aus dem überlebenden Ehegatten und zwei Verwandten des Verstorbenen.

2. Zur Adoption eines heredero, wenn das Aussterben der Familie droht, bestehend aus je einer Person aus den vier Familien, zu denen die Eltern des vertragschliessenden Brautpaares gehören.

3. Wenn es sich um einen Vertrag über eine Wechselehe handelt, sind Mitglieder die Pfarrer und Alcalden der beiden Orte, in denen die Brautleute wohnen.

4. Handelt es sich um den Schutz eines Mündels, so werden Vertreter der väterlichen und mütterlichen Linie in den consejo de familia gewählt.

5. Für den Fall der Wiederverheirathung einer Wittwe innerhalb der Gemeinschaft oder für Streitigkeiten zwischen den Kindern erster und zweiter Ehe werden Vertreter jeder stirps in den consejo de familia gewählt.

Kurzum, die Zusammensetzung des consejo de familia ist stets den Aufgaben angepasst, die ihm überwiesen werden. Stets aber, wie die angeführten Beispiele ergeben, ist die Zusammensetzung so, dass der consejo de familia den Charakter eines Schiedsgerichts annimmt.

Zu beachten ist, dass die einzelne Familie nicht nur einen consejo de familia hat, sondern so viele, als Angelegenheiten der erwähnten Art zu regeln sind. Bedenkt man ferner hierbei, dass auf diese Weise fast jeder Verwandter mindestens in einem consejo de familia ist, so nähert sich dieses Institut beinahe einer grossen Verwandtschaftsversammlung mit einzelnen Deputationen für besondere Angelegenheiten.

Die Aufgaben, die einem consejo de familia zufallen können, sind folgende sieben:

1. Er führt die Geschäfte einer Obervormundschaftsbehörde.

2. Er ernennt unter Umständen den Nachfolger des verstorbenen Familienoberhauptes.

3. Er hat die Zustimmung dazu zu ertheilen, wenn sich die Wittwe des Familienoberhauptes noch einmal verheirathen, aber trotzdem in der Hausgemeinschaft sitzen bleiben will.

4. Er regelt den neuen Ehevertrag bei einer solchen Wiederverheirathung, um die Rechte der Kinder erster Ehe zu wahren.

5. Er bildet die Beschwerdeinstanz gegen die Thätigkeit des Familienoberhauptes, mag es sich um schlechte Behandlung, knappe Alimente, zu geringe Dotirung oder Abfindung für den Fall des Ausscheidens handeln; in den zuletzt genannten Fällen bestimmt dann der consejo de familia die Höhe der Mitgift oder Abfindungssumme.

6. Er bildet das Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen dem heredero und dem Adoptivsohn, entscheidet insbesondere, ob ein wichtiger Grund zur Aufhebung des Adoptivverhältnisses besteht.

7. Er interpretirt das heredamiento authentisch, ergänzt Lücken und berichtigt Fehler.

Die Bedeutung des consejo de familia ist je nach dem Ansehen, das seine Mitglieder geniessen, verschieden. Stets aber sind seine Beschlüsse unanfechtbar, sie bedürfen keinerlei Bestätigung durch das Gericht. Sie sind vollstreckbar, allerdings nicht im Sinne des Civilprocessrechts, vielmehr muss man gegenüber dem Gesetz zur Aushülfe greifen, den Entscheidungen des consejo de familia dadurch Kraft zu verleihen, dass man sich in den heredamientos oder den capitulaciones matrimoniales ihnen unterwirft. Damit wird der consejo de familia im Sinne der juristischen Systematik zu einem Schiedsgericht, das lediglich auf freier Vereinbarung der Parteien beruht[88]). In Wahrheit benutzt aber auch hier wieder das alte Gewohnheitsrecht die Formen des Gesetzesrechtes, um sich dem Gesetzesrechte gegenüber zu behaupten.

---

[88]) So wird man wohl die Sachlage aufzufassen haben; Costa lässt allerdings bei solchen systematischen Fragen im Stich.

Die praktische, moralische und ökonomische Bedeutung dieses interessanten Institutes fasst Costa, der seine Wirkung ja selbst auf seinen Studienreisen durch Hoch-Aragonien erforscht hat, dahin zusammen: „Man hat mir versichert, dass diese Institution viele Processe vermeidet und dem Lande viele Millionen erspart. Sehr selten haben sich die Richter in Familienprocesse einzumischen, wenn man die Vollstreckungsklagen und die Feststellung der Intestaterben ausnimmt. Sobald eine Schwierigkeit oder eine Uneinigkeit besteht, schlägt man den Ehevertrag nach; da findet man die Bestimmung, die Angelegenheit in die Hände der nächsten Verwandten zu legen, welche gewöhnlich in entfernten Dörfern wohnen. Während die Verwandten zusammenberufen werden und sich versammeln, sind schon einige Tage verflossen und die ersten Wogen der Zwietracht haben sich gelegt. Sind die Verwandten einmal versammelt, so bemühen sie sich auf jede Weise, die Parteien zu versöhnen, und fast immer gelingt es ihnen, zu vermeiden, dass die Angelegenheit vor Gericht ausgetragen wird. Dem Familienrath nämlich, der, wie wir gesehen haben, aus Männern zusammengesetzt ist, werden sehr oft die Ehefrauen beigesellt, und sie sind am zähesten und geschicktesten, einen Vergleich zu bewerkstelligen. . . . Und bei der Seltenheit der Processe stürzen sich, wenn es wirklich einmal zum Processe kommt, die hungrigen Beamten über den Kläger und packen ihn, schröpfen ihn und saugen ihn aus“ [89]) [90]).

7. Die rechtliche Stellung der übrigen Mitglieder der Hausgemeinschaft.

Wer Mitglied der Hausgemeinschaft ist, bestimmt sich grundsätzlich durch die Abstammung. In der Regel also gehören nur Verwandte der Gemeinschaft an [91]). Die Zahl der

---

[89]) Humor im spanischen Recht!

[90]) Vgl. Costa I, 59—60.

[91]) So auch im Entwurf zum Schweizer B.G.B. Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 117.

Verwandten bestimmt also die Zahl der Mitglieder; so kann es allerdings vorkommen, dass der heredero allein auf dem Gute sitzt[92]. Ferner folgt daraus, dass auch Unmündige der Hausgemeinschaft angehören können[93].

Gerade in Bezug auf die Unmündigen entfaltet ja die Hausgemeinschaft eine besondere Fähigkeit, es besteht gewissermassen eine Geschlechtsvormundschaft, die vom consejo de familia ausgeübt wird.

Ueber die Stellung der unehelichen Kinder schweigt Costa. Es scheint nach allgemeinen Grundsätzen[94] auch das uneheliche Kind in der Gemeinschaft der Mutter aufgenommen zu werden.

Hinsichtlich der vermögensrechtlichen Stellung der Mitglieder ist, wie schon dargelegt, davon auszugehen, dass das Familiengut Gesammtgut aller Mitglieder ist. Aber die Quoten der Einzelnen sind schlummernde Quoten[95]. Es sind Werthantheile. Aber anders, als wir es z. B. bei der Zadruga[96] und im Schweizer Recht[97] sehen, verwirklicht sich hier das Recht des Einzelnen am Gesammtgut nie dadurch, dass es zur Theilung nach Quoten kommt. Vielmehr besteht ein Grundgedanke der aragonischen Hausgemeinschaft darin, dass das Familiengut stets ungetheilt bleibt und sich das Recht der Hausgenossen, die nicht Familienoberhaupt sind, nur beschränkt verwirklicht, nämlich während der Zugehörigkeit zur Haus-

---

[92]) Auch für die montenegrinische Kuća genügt unter Umständen ein einziges Mitglied. Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 108.

[93]) Die Schweizer Gemeinderschaft verlangt grundsätzlich Handlungsfähigkeit, Max Huber S. 33.

[94]) Vgl. Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 415.

[95]) So für die Schweiz Max Huber S. 44.

[96]) Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 103, ebenso bei der inokosna. Vgl. Bogišić, de la forme dite inokosna u. s. w. S. 11 ff.; Hornung in: Le Globe de Genève, XVII, 105 ff.; ferner die Münchener historischen Blätter 1883, Bd. I, S. 120 ff.

[97]) Max Huber a. a. O.

gemeinschaft im Recht auf Unterhalt, beim Ausscheiden aus der Hausgemeinschaft im Recht auf eine Abfindung.

Das Recht auf Unterhalt hat seine wirthschaftliche Grundlage in der Mitarbeit der übrigen Mitglieder. Los demás tienen derecho á ser sustentados en la casa, con tal que trabajen en beneficio de esta, cuanto puedan [98]). Aller Erwerb fliesst in die Kasse der Gemeinschaft; alle Ausgaben bestreitet die Gemeinschaft. So kommt es vor, dass einzelne Brüder ihr Leben lang auf dem Gut sitzen und für das Gut arbeiten, sich nicht verheirathen und als Junggesellen alt und grau werden, wofür sie einzig und allein das Recht auf Unterhalt haben. Sie nennt der aragonische Bauer tiones [99]). Entsprechend haben auch die unverheiratheten Mädchen bis zur Heirath das Recht auf den Mitgenuss des Hausvermögens [100]).

Von dem Grundsatz aber, dass sich die vermögensrechtliche Stellung des Gemeinders während der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft in dem auf gemeinsamer Arbeit beruhenden Unterhaltsanspruche erschöpft, giebt es zwei Ausnahmen. Einmal ist es möglich, dass ein einzelner Bruder, namentlich in jüngeren Jahren, als Taglöhner in die Nachbarschaft zieht und dort arbeitet. Dadurch allein verliert er weder den Anspruch auf Unterhalt, noch überhaupt den rechtlichen Zusammenhang mit der Gemeinschaft. Natürlich ist aber die Zustimmung der Familienmitglieder erforderlich [101]). Sobald aber dieser Sondererwerb ausserhalb der Gemeinschaft die Gestalt einer gesonderten Lebensstellung annimmt, scheidet der Betreffende aus der Gemeinschaft aus [102]). Hierher gehört

---

[98]) Costa I S. 31.

[99]) Von tio (Onkel), also ungefähr Grossonkel.

[100]) Vgl. das Jungfernrecht (jus capillare) der ungarischen Hausgemeinschaft, Timon a. a. O. S. 356.

[101]) Wer in Malabar ohne Zustimmung des Karamanen auswärts wohnt, verwirkt sein Recht auf Unterhalt. Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 55.

[102]) Das slavische Recht verlangt fünfjährige Abwesenheit (Miler

besonders der Fall, dass jemand Beamter wird [103]), anders aber natürlich, wenn der langen Abwesenheit nicht die Begründung einer selbständigen wirthschaftlichen Existenz zu Grunde liegt.

Die zweite Ausnahme von dem oben erwähnten Grundsatz bilden die Sondergüter, die peculios, und hier streift wiederum die aragonische Hausgemeinschaft ein uraltes Rechtsinstitut. Denn Sondergüter sind eine Erscheinung des gemeinen alteuropäischen Familienrechts [104]), und sie sind historisch als die Ausgangspunkte für die Entwickelung unseres Privateigenthums aufzufassen [105]).

Das peculio [106]) entsteht nun in Aragonien, gemäss dem bäuerlichen Wesen der dortigen Hausgemeinschaft, in eigenartiger Weise. Es wird nämlich einem der Brüder eine bestimmte Zahl von Köpfen Vieh und ein Maass Getreide zugewiesen. Dann zieht er hinaus auf einen Theil des Familiengutes und säet und weidet hier. Unkosten hat er nicht, denn er wird aus der Kasse der Gemeinschaft unterhalten, die Erträge fallen ihm also ungeschmälert als peculio zu, und so wachsen zuweilen diese Sondergüter schnell zu beträchtlicher Höhe an.

Doch geht dieses peculio nicht ohne weiteres dem Hausvermögen verloren. Vielmehr wird es auf die Mitgift oder Abfindungssumme angerechnet, wenn der Betreffende die Gemeinschaft verlässt. Bleibt er aber sein Leben lang in der Gemeinschaft, so bildet das peculio eines solchen tión eine

---

S. 211), das Schweizer Recht 30jährige (Max Huber S. 90), Costa erwähnt keine Zeitbestimmung.

[103]) So auch im japanischen Recht. Vgl. Georg Cohn a. a. O. S. 53.

[104]) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 430; insbesondere für die Schweiz Max Huber S. 64; für Kroatien und Slavonien Georg Cohn S. 103 und Miler S. 210; für Böhmen ebendort S. 109; für Russland: Кавелинъ, Взлядъ на Историческое развитіе русскаго порядка законнаго наслѣдованія (Kavelin, Blick auf die Entwickelung des russischen Erbrechts), besonders S. 13.

[105]) Wilutzky II, 115; Vgl. auch die Entwickelung der ungarischen Hausgemeinschaft bei Timon S. 337.

[106]) Auch caudal (cabdal) genannt, wonach die Inhaber eines solchen peculio cabaleros heissen.

Stütze und Hülfe in Nothfällen. Da bei seinem Tode[107]) das peculio an die Gemeinschaft zurückfällt, so bildet das Institut der Sondergüter eine Art Sparkasse für die Gemeinschaft. Ueberhaupt ist die Ausbildung der peculios in Aragonien mit der feinen Mischung von Einzel- und Gesammtrecht, die wir hier finden, ein Antrieb zur intensiven Arbeit; das Institut nützt also dem Einzelnen wie der Gesammtheit.

Dies die vermögensrechtliche Stellung der Familienmitglieder während der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft. Im Augenblicke des Ausscheidens aber verdichtet sich der Antheil des Einzelnen am Hausvermögen zur dote oder legitima.

Wann dieser Austritt erfolgt, steht im freien Belieben des Einzelnen. Es besteht kein Zwang, etwa lebenslang oder auf bestimmte längere oder kürzere Zeit in der Gemeinschaft zu bleiben, sondern man kann jederzeit ausscheiden[108]).

Der wichtigste Fall des Ausscheidens ist natürlich der Fall der Verheirathung. Denn es ist allgemeines Weltrecht für die Hauscommunionen, dass, wer nicht Erbsohn oder Erbtochter ist, grundsätzlich mit der Verheirathung aus dem Hause austritt[109]). Gleichfalls ist es allgemeines Weltrecht, dass der Hausgemeinschaft, die ja gewissermassen, wie die Stellung des Vormundes, so auch die der Eltern einnimmt, eine Dotierungspflicht obliegt[110]). Die Begriffe dote und legitima fallen aber im aragonischen Provinzialrecht zusammen. Insbesondere tritt das Recht auf die legitima nicht als Erbrecht auf, auch ist die legitima nicht eine genau bestimmte Quote des Familiengutes. Von Anwachsungsrecht insbesondere kann

---

[107]) Wie allgemein im Rechte der Hausgemeinschaften, Wilutzky II, 170.

[108]) So auch im ursprünglichen französischen Gewohnheitsrecht. Georg Cohn a. a. O. S. 89. Jedoch lässt sich ein allgemeines europäisches Gewohnheitsrecht hinsichtlich des beliebigen Austritts nicht nachweisen. Bernhöft a. a. O. S. 124—127.

[109]) Vgl. besonders für das japanische Recht Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 445.

[110]) Vgl. für das Schweizer Recht Max Huber S. 68—69.

gar keine Rede sein, wenn eins der Hausmitglieder stirbt[111]), sondern fest steht nur eine allgemeine Pflicht zur Hergabe einer Abfindungssumme aus dem Familiengut.

Die Höhe der Abfindungssumme richtet sich

1. nach dem Umfang des Hausvermögens (al haber y poder de la casa), wie z. B. in folgenden Urkunden:

a) Los citados cónyuges F. y M. instituyen heredero universal á su hijo X, con la obligación de dotar á sus hermanos al haber y poder de la casa. Los contrayentes X. (heredero) y Z. instituirán en su día heredero universal á uno de sus hijos, dotando á los demás al haber y poder de la casa.

b) Con cargo y obligación, que igualmente se impone al heredero, de educar y asistir, con todo lo necesario á la vida humana, á sus hermanos, hijos de los instituyentes, todo el tiempo que permanecieren solteros en dicha casa; y si tomaren estado, deberán ser dotados al haber y poder de la misma; mas, para esto, los referidos hermanos deberán trabajar, mientras permanezcan solteros, en utilidad y beneficio de ella y del citado heredero, pues de no hacerlo asi, non podrán reclamar más dote que la que se les quiera dar . . .

Hierbei wird meist die Summe so festgesetzt, dass sie in Raten aus den Einkünften des Capitals gezahlt wird, ohne dass eine Veräusserung von Liegenschaften erforderlich ist.

2. Nach dem Umfang des Vermögens des anderen Contrahenten, bei dem sich, z. B. im Falle der Heirath, der Dotirte die wirthschaftliche Lebensstellung gründet. Die Mitgift pflegt 5—8 % des Capitals des anderen Ehegatten zu betragen. Wer also eine reiche Erbin heirathet, bekommt mehr, als wenn er ein armes Mädchen heirathet. Auch dies läuft einzig

---

[111]) Ganz anders in der Schweiz (Max Huber S. 71 ff.), in Indien (Kohler, Krit. Vierteljahrschrift Bd. 23, S. 8), im französischen Recht (Georg Cohn a. a. O. S. 90—91) u. a. m.

und allein auf die Befestigung der Familie und des Familiengutes hinaus.

3. Nach dem peculio, das der Ausscheidende hat, und das er sich anrechnen lassen muss.

4. Nach dem, was ein anderer Sohn vielleicht früher bei seiner Verheirathung erhalten hat, oder was Familien in ähnlicher socialer Stellung einem ihrer Söhne mitgegeben haben.

5. Nach dem, was im Streitfall der consejo de familia für angemessen erklärt.

Handelt es sich um eine Tochter, die sich verheirathet, so wird die Höhe dieser dote gewöhnlich in einem Vertrage festgelegt.

Diesen Vertrag nennt man ajustes („Preisvereinbarung“). Er ist ein „internationaler“ Vertrag zwischen zwei ganzen Hausgemeinschaften und wird in feierlicher Form geschlossen. An einem neutralen Orte, der, wenn möglich, gleich weit von den Dörfern der beiden Familien entfernt liegt, sei es in einem Landhause oder im Freien, im Schatten einer Eiche, kommen die Verwandten und Freunde der beiden Familien in grosser Zahl zusammen. Mit ihnen der casamentero, der Ehemäkler, eine wichtige Person im Leben des aragonischen Bauern. Er ist nämlich eine Art Laiennotar, „ein Organ des Volksrechts“. Ihm liegt die Aufgabe ob, zwischen den beiden Parteien die Vertragsurkunde zu entwerfen und zu redigiren, welche dann erst einem staatlichen Notar übergeben wird, um ihr die gesetzliche Weihe zu geben; gerade wie wir es schon vielfach sahen, dass man gewissermassen nur gezwungen zu den Rechtsbehelfen der modernen Zeit greift, und diese im Grunde genommen für ganz überflüssig erachtet.

Haben sich nun alle Geladenen versammelt, so treten die Verlobten zur Seite: sie greifen gar nicht beim Abschluss des ajuste ein. Dann ziehen die Väter ihre alten Eheverträge heraus und an der Hand der darin für die vorhergehende Generation getroffenen Bedingungen verhandeln sie nun mit einander, beide bestrebt, so gut wie möglich die Bestimmungen

des alten Vertrages zu wiederholen, worin augenscheinlich ein starkes Moment zur Erhaltung des alten Gewohnheitsrechtes liegt. Gegenstand der Verhandlungen sind nun: die Höhe der dote, die Fristen, in denen diese zu zahlen; die Bestimmungen darüber, wie es bei einer zweiten Ehe mit der dote zu halten ist u. s. w. u. s. w. Je nach Bedürfniss greifen die übrigen Verwandten ein, um eine Einigung zu erzielen; aber da gewöhnlich diese Zusammenkünfte mit einem gemeinsamen Mahle während der Verhandlungen verbunden sind, kommt es selten soweit, dass eine Einigung nicht erzielt wird und die Parteien aus einander gehen und auf das Eheproject verzichten. Der Charakter der dote ist der einer Abfindung[112]. Dafür, dass die Frau gegenüber der Hausgemeinschaft, der sie vor der Ehe angehörte, auf den Unterhaltsanspruch verzichtet, wird sie durch die dote, die an die andere Hausgemeinschaft gezahlt wird, in dieser Gemeinschaft gewissermassen zu lebenslänglichem Unterhalt eingekauft. Da nun aber ihre Zugehörigkeit zur neuen Hausgemeinschaft und damit ihr Unterhaltsanspruch dieser gegenüber auf der Ehe, die sie eingeht, beruht, so folgt, dass, wenn sie ohne Kinder stirbt, die dote nach Beendigung des ehemännlichen Niessbrauchs an die alte Hausgemeinschaft, al tronco (an den Stamm), zurückfällt. Dieses Institut heisst troncalidad. Ihm liegt der Gedanke des Rechtssprichwortes paterna paternis, materna maternis zu Grunde. Es kommt in gleicher Weise bei der Abfindungssumme der männlichen Gemeinschaftsmitglieder vor und bietet viele Mannigfaltigkeiten, die aber zu sehr ins Einzelne führen würden. Es genügt hier, daran zu erinnern, dass über alle diese Einzelheiten bei den Verhandlungen, die dem Abschluss des Ehevertrages vorhergehen, sehr eingehend zwischen beiden Parteien verhandelt wird. Ein wichtiger Punkt ist hierbei der der Sicherung der dote. Gewöhnlich bestellt der Vater des Bräutigams oder der Bräutigam selbst

---

[112]) Vgl. für das ungarische Recht hierzu Timon S. 352.

eine Hypothek auf dem Gute. Umgekehrt bestellt der Vater oder Bruder der Braut eine Hypothek dafür, dass er thatsächlich die versprochenen dote-Raten zahlt. Alle diese rechtlichen Beziehungen kommen entsprechend vor, wenn sich ein Mann mit einer heredera verheirathet. Dann wird ihm eine dote gegeben. Hier erscheint dann der merkwürdige Fall, dass die Ehefrau ihrem Mann eine Hypothek zur Sicherung des eingebrachten Gutes des Mannes bestellt! Die Eheverträge enthalten dann auch noch vielfach Bestimmungen hinsichtlich der übrigen Mitglieder der Hausgemeinschaft, insbesondere über die Minderjährigen, die bei einem etwaigen Vorversterben des Ehegatten zurückbleiben, vor allem für den Fall, dass die Wittwe eine neue Ehe eingeht. Gewöhnlich bleiben die Minderjährigen bei der Wittwe, auch wenn diese sich zum zweiten Mal verheirathet.

Unter den Mitgliedern der Hausgemeinschaften darf aber eine sehr interessante Classe nicht übergangen werden, nämlich die donados. Ein Junggeselle oder Wittwer, meist einer, der keine Kinder hat, und allein dasteht in der Welt, kann trotzdem sich die Vortheile, die das Zusammenleben bietet, verschaffen, indem er se dona ó da á una casa, also gewissermassen seine Person einer Gemeinschaft zum Geschenk macht[113]. Man vergleiche folgende Urkunde:

„Antonia B. y Teresa A. dicen: que tienen hace muchos años en su compañia, en clase de sirviente, á Pascual B., y por los buenos servicios qu les ha prestado, así como por el cariño que le profesan, han determinado recompensárselos debidamente . . . al tenor siguiente: 1.º Se obligan á considerarlo como de la familia, y á mantenerlo durante

[113]) Unter einem donado versteht man für gewöhnlich el que se daba á sí proprio con sus bienes en posessión de algún monasterio (Diccionario de la lengua castellana por la real Academia española). Dieser Gedanke des Eintritts in eine nach Art einer Ordensgemeinschaft festgeschlossene Hausgemeinschaft wirkt bei der juristischen Verwendung des Wortes noch nach.

sus dias naturales, sano y enfermo, vestido y calzado, con todo lo necesario á la vida humana. 2.° A su fallecimiento, le harán los funerales á uso y costumbre de la parroquia. 3.° En el caso de que tuviese algún motivo fundado para separarse de la compañia y casa de los comparecientes, tendrá derecho á sacar de ella la cantidad de setecientos reales en moneda de oro ó plata. 4.° Será obligación de Pascual B. trabajar como lo viene haciendo al presente, mirando como propios los intereses de la casa, y no dando nunca motivo con su conducta á queja alguna.“

Wirthschaftlich liegt auch hier der Gedanke zu Grunde: gemeinsame Arbeit zu gemeinsamem Erwerb. Der donado muss sich verpflichten, nicht nur die bisherigen Erträgnisse seiner Arbeit in die Kasse der Hausgemeinschaft zu werfen, sondern auch jeden künftigen Erwerb ihr zufliessen zu lassen und seine Arbeitskraft in den Dienst der Gemeinschaft zu stellen. Dafür bekommt er, was er zum Leben braucht, und ist auch für den Krankheitsfall oder für den Fall der Erwerbsunfähigkeit gesichert. In diesem Reste aus der alten Periode der Hauscommunion sieht man, wie man damals die Idee der Altersversicherung auffasste und durchführte: nur wer seine Person der Gemeinschaft zu eigen giebt, wer sich ihr mit seinem Vermögen und seiner Arbeitskraft hingiebt, hat Ansprüche gegen die Gemeinschaft. Daraus folgt umgekehrt der wichtige und ewige Gedanke für jede Volkswirthschaft und Rechtspolitik: dem Einzelnen Ansprüche gegen die Gemeinschaft zu geben, dann wird das persönliche Band, das den Einzelnen an die Gemeinschaft fesselt, erstarken.

Das grösste Contingent für diese donados stellt in Aragonien die dienende Classe: Hirten und Landarbeiter, die meist lange Jahre hindurch im Dienst der betreffenden Gemeinschaft thätig gewesen sind und sich bewährt haben.

Das Institut der donados steht ziemlich vereinzelt da. Costa glaubt es einzig und allein mit der römischen arro-

gatio vergleichen zu können, aber unseres Erachtens mit Unrecht. Denn dass die Idee einer Annahme an Kindesstatt hier gar nicht obwaltet, sieht man daraus, dass meist der donado erheblich älter ist, als das Familienoberhaupt, das ihn aufnimmt. Ferner erwirbt das Familienoberhaupt keine väterliche Gewalt über den donado [114]).

Ausser auf den donado selbst erstreckt sich das donado-Verhältniss auch auf die Abkömmlinge des donado, auch die später geborenen. Begründet wird das donado-Verhältniss durch einen notariellen Vertrag. Die Vertragsbestimmungen sind sehr verschieden, je nach dem Werth, den die Hausgemeinschaft der Aufnahme des donado beimisst. Ist der donado eine tüchtige und unentbehrliche Arbeitskraft, oder besitzt er ein grosses Vermögen, so schreibt er die Bedingungen vor, lässt sich auch wohl, zur Sicherung seiner Ansprüche, eine Hypothek bestellen. Regelmässig wird bei der Aufnahme des donado ein consejo de familia bestellt.

Das Institut kann sich auch zu einer Vereinigung von Hausgemeinschaften auswachsen; wenn nämlich der donado Kinder hat, und seine wirthschaftliche Stellung der der aufnehmenden Familie gleicht, insbesondere wenn die beiderseitigen Hausgüter gleich gross sind, so kann man schlecht davon sprechen, dass einer den anderen aufnimmt. Vielmehr ist es richtiger, hier anzunehmen, dass sich beide mit ihren Hausgütern zusammenthun. Einen solchen Fall behandelt folgende Urkunde:

„Comparecen, de una parte Gregorio V., viudo, y de otra Manuel V., soltero (heredero de la casa), y su tio Dámaso V., casado (á sobrebienes ó acogido), y dicen: que tienen convenido vivir juntos en familia, por hallarse el primero solo, sin ascendientes ni descendientes, y á este efecto otorgan las condiciones siguientes: 1ª. Gregorio V.

---

[114]) [Es ist eine besondere Art künstlicher Verwandtschaft, ähnlich der Verwandtschaft in subrogationem der Rothhäute. Kohler.]

hace donación á M. V. y D. V. de todos sus bienes en general, y en especial de las cinco fincas siguientes .... adquiridas de su esposa por pacto de hermandad. 2ª. Se compromete además á trabajar cuanto pueda en beneficio de la casa. 3ª. Los donatarios, en cambio, se obligan y obligan á sus herederos y sucesores á mantenerle hasta el fin de sus días, etc. 4ª. Ni el donante ni los donatarios podrán vender, hipotecar ni permutar los bienes donados sin consentimiento y acuerdo de todos: sin embargo, los donatarios podrán transmitirlos á sus herederos, reservando al donante todos sus derechos. 5ª. No podrá éste contraer matrimonio ni marcharse por su gusto y antojo á vivir fuera de la casa y compañia de aquéllos, bajo pena de perder sus derechos; ni aquéllos podrán despedirlo de la casa, ó de lo contrario, quedará revocada la donación, debiendo serle devueltos los bienes donados. 6ª. Si se diese mala vida al donante, lo cual deberá justificar, podrá separarse de la dicha casa y familia, quedando sin efecto la presente donación, etcétera."

Es kommt sogar vor, dass dieses Institut der donados vormundschaftliche Natur annimmt. Sind z. B. in einer Hausgemeinschaft die Eltern verstorben und nur minderjährige Kinder zurückgeblieben, so nimmt der consejo de familia kraft seiner obervormundschaftlichen Gewalt einen donado in der Gemeinschaft auf, giebt ihm aber zugleich die Stelle des Familienoberhauptes. Damit wird dann der Hausgemeinschaft eine starke Stütze gegeben.

Der Fall kann auch umgekehrt vorkommen. Der donado macht den Aufnehmenden zum heredero seines Vermögens und bekommt dafür eine lebenslängliche Pension. Diese Verträge werden nach Art der Altentheilsverträge abgeschlossen.

„Y dicen: que la Juliana M. se encuentra sola, sin familia, y sin una persona que le preste socorro cuando lo necesite: que procedentes de ahorros y de bienes vendidos, obran

en su poder quinientas pesetas, y al efecto de mejorar su situación, ha suplicado á los citados V. y M.[115]) que la acojan en su compañia y la mantengan hasta que fallezca á tome estado, obligándose en cambio á entregarles la referida suma para que la usufructúen, y á trabajar en beneficio de la casa ... Si la J. M. fallece sin haber contraido matrimonio é intestada, deja ochenta pesetas á Josefa C., y el resto á los acogentes O. y M., con obligación de costearle el entierro y veinticinco misas rezadas ... Los O. y M., para garantía de dichas 500 pesetas, hipotecan una casa sita en etc.“

Man sieht, dieses Institut der donados ist eines der interessantesten, und uns ist kein Institut bekannt, dem es sich an die Seite stellen liesse.

8. Die Stellung der Wittwe.

Als die Grundlage der vermögensrechtlichen Stellung der Ehefrau haben wir im vorigen Abschnitt die ajustes kennen gelernt, in denen die Vereinbarungen über die dote enthalten sind.

Während der Ehe herrscht Errungenschaftsgemeinschaft (gananziales) in drei Formen:

1. Errungenschaftsgemeinschaft zu gleichen Theilen (gananciales por mitad), z. B.

„ambos cónyuges se conceden viudedad y usufructo universal sobre todos sus bienes muebles y sitios, se admiten á gananciales por ignales partes y renuncian las aventajas forales“ [116]).

2. Der Ehegatte, der forastero ist (Gegensatz: heredero) verzichtet auf die Errungenschaften und begnügt sich mit den anderen ihm zustehenden Rechten:

---

[115]) Anscheinend liegt hier ein Druckfehler vor: es muss wohl O. y M. heissen. Vgl. Costa I, 252.

[116]) Costa I, 179—180.

„Item es pacto entre dichas partes que los dichos contrayentes se hayan de renunciar, como por tenor del presente se renuncian el una al otro, partición de bienes (gananciales), aventajas forales, etc., de tal manera que el uno en los bienes del otro no pueda pedir, pretender ni alcanzar otro ni más derecho que el que resulte competerles y pertenecerles por los anteriores capitulos“ [117]).

3. Theilung der Errungenschaft nach Verhältniss der Zahl der Personen, die zur Zeit der Theilung der Gemeinschaft angehören:

„La contrayente tendrá una cuarta parte de los gananciales, si viviesen donantes y contrayentes: una tercera parte, si sólo viven tres; y la mitad si viven dos“ [118]).

Stirbt einer der Ehegatten, so findet keine Theilung statt; der überlebende Ehegatte bleibt in der Hausgemeinschaft sitzen, und ihm steht der Niessbrauch an dem Vermögen des Verstorbenen zu. Dieses Niessbrauchsrecht fliesst aus dem Antheil des Ehegatten an der Vermögensgemeinschaft [119]).

Die Rechtslage verändert sich erst mit der Verheirathung des überlebenden Ehegatten.

Will sich die Wittwe wiederverheirathen, so kann sie die Familie des Verstorbenen verlassen und bekommt dann, wenn keine Söhne da sind, die ganze dote zurück; wenn aber Söhne da sind, nur einen Theil, und zwar im umgekehrten Verhältniss zur Zahl der Kinder. Sie verliert natürlich in beiden Fällen den Niessbrauch am Familiengut des Verstorbenen. Ihr gebührt ausserdem der gesetzliche Voraus (avantajas forales), der im aragonischen Rechte aus den ropas besteht,

---

117) Costa I, 180.

118) Costa I, 181.

119) Vgl. bezüglich des ungarischen Rechts Timon S. 352—353; hier schwächt sich späterhin das Prinzip der Hausgemeinschaft dahin ab, dass die Wittwe, auch ohne sich zu verheirathen, eine Abschichtung verlangen kann.

nämlich der Kleidung und der zum persönlichen und häuslichen Gebrauch bestimmten Wäsche [120]).

Der verwittwete Theil kann sich aber auch in der Weise verheirathen, dass er den Niessbrauch nicht verliert und auf dem Gute des Verstorbenen sitzen bleibt. Er kann ein sogen. casamiento en casa schliessen [121]).

Ein casamiento en casa liegt vor, wenn sich der Ehegatte, der sich mit einem heredero universal verheirathet und in dessen Haus zieht, für den Fall der Wittwenschaft das Recht vorbehält, eine neue Ehe innerhalb des Hauses zu schliessen, ohne den gesetzlichen Niessbrauch zu verlieren, so dass die gesetzlichen Erben des Hauses den Nachtheil haben, dass der Niessbrauch verlängert wird.

Der verwittwete Ehegatte sichert mit einer Hypothek auf den Gütern des verstorbenen Universalerben die Mitgift oder den Pflichttheil, den der neue Ehegatte ins Haus bringt. Auch auf den zweiten Ehegatten geht der Niessbrauch über, wenn er verwittwet.

Diese Einrichtung ist nicht nur eine Begünstigung der Ehegatten, sondern vielmehr eine der Kinder, da das casamiento en casa im Allgemeinen nur verstattet wird, wenn die Kinder minderjährig sind. Mit Rücksicht auf die Kinder ist sogar zuweilen die zweite Ehe obligatorisch, sonst verliert man die dote.

Diese Einrichtung hat aber auch eine den Kindern ungünstige Seite. Denn:

1. wird die Vermögenstheilung während des Lebens zweier Personen hinausgeschoben,

2. vermindert sich ihr Pflichttheil in Folge des Erbrechts der Kinder der zweiten Ehe.

Um diese Wirkungen zu vermeiden, wird im Allgemeinen bestimmt, dass die Kinder unter 14 Jahren sein müssen, wenn

---

[120]) [Ebenso der Wittwer; ist dieser der heredero, so bleibt er auf dem Erbe, verliert aber durch die zweite Ehe sein Recht am Vermögen des Ehegatten. Kohler.]

[121]) Aehnlich die Idimgo-Ehe des japanischen Rechts. Vgl. Kohler Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 441—442.

ein casamiento en casa erlaubt sein soll: „Item fue pactado que si sucediese morir el dicho contrayente, dejando hijos de menor edad habidos del presente matrimonio y no capaces de administrar y mantener la casa, ó inhábiles para ello, y sobre viviéndole su esposa se reserva el instituyente O. F. el poder facultarla para que vuelva á casar en la casa de éste, y conceder á la misma, á su nuevo marido y á los hijos que de él hubiere aquellos derechos que tenga por conveniente para la mejor manutención, orden y gobierno de la casa“ (Costa I 193), und dass ferner die zweite Frau des heredero über 40 Jahre oder doch älter als er sein muss. „Igualmente se reserva el mismo donante (instituyente) la facultad de contraer segundo matrimonio en la casa y sobre sus bienes objeto de la donación, y de asegurar en ellos dote y alimentos á la persona con quien casare y á los hijos que de ella tuviere; empero, en su caso, sera con mujer que tenga cuando menos 40 años cumplidos“ (Costa I 194).

Unter Umständen behalten sich die, welche den heredero zum Universalerben ernannt haben, das Recht vor, ein casamiento en casa des forastero, also des Ehegatten, der nicht heredero ist, zu gestatten; manchmal ist auch sogar eine zweite Ehe des heredero innerhalb des Hauses von ihrer Zustimmung abhängig.

Zuweilen wird das casamiento en casa von bestimmten Bedingungen für den Fall abhängig gemacht, dass die Instituenten nicht mehr leben; oder es wird ein Familienrath eingesetzt, um diese Erlaubniss zu ertheilen; der Familienrath hat dann hierbei die Lage des Hausgutes und das Vermögen und die Arbeitskraft des Erwählten zu berücksichtigen.

Will in solchen Fällen die Wittwe sich im Hause verheirathen, versagt aber der Familienrath seine Zustimmung, so behält sie, wenn sie sich ausserhalb des Hauses verheirathet, dennoch die dote, auch wenn Kinder vorhanden sind.

Will hingegen der Familienrath, dass sie sich im Hause verheirathet, und weigert sie sich, so verliert sie, wenn sie

sich ausserhalb des Hauses verheirathet, zur Strafe auch dann die dote, wenn sie nur einen Sohn hat. Als Beispiel sei folgende Stelle aus einer Urkunde hergesetzt:

„Si ofreciendo los parientes nuevo casamiento á la contrayente, viuda, no lo quisiere admitir, y obedeciendo sólo á su capricho y antojo prefiriese convolar á otro matrimonio fuera de la casa, desamparando [esto es, separándose de] los hijos habidos del presente, nada podrá sacar de su dote, el cual tendrá que dejar integro á favor de ellos; — mas si le fuere negado dicho consentimiento, por no estimarlo conveniente los dichos parientes y alcalde, y la contrayente quisiere convolar á otro matrimonio fuera de dicha casa, podrá sacar todo su dote en la misma forma que arriba queda pactado para el caso de convolación sin hijos, salvo el reconecimiento, el cual será retenido en todo caso para éstos [122]).“

Ein casamiento en casa kann nicht nur im Ehevertrage bedungen werden, sondern auch von dem einen Ehegatten im Testament dem Ueberlebenden gestattet werden.

Aber auch selbst, wenn eine solche testamentarische Ermächtigung fehlt, ist dennoch der Ueberlebende, wenn die Instituenten gestorben und die Kinder noch minderjährig sind, thatsächlich in der Lage, ein casamiento en casa zu schliessen; denn es ist Niemand da, der ihn daran hindern könnte.

Ist ein casamiento en casa geschlossen, so haben die Kinder beider Ehen dieselbe Rechtsstellung; nur dass der Universalerbe stets aus der Zahl der Kinder der ersten Ehe gewählt werden muss. Abgesehen von diesen Fällen, in denen der verwittwete Theil trotz der Wiederverheirathung innerhalb der Hausgemeinschaft bleiben kann, verlässt grundsätzlich der überlebende Ehegatte bei einer zweiten Ehe die Gemeinschaft.

Für diesen Fall stehen oft dem überlebenden Theile noch besondere Ansprüche zu, die sich auf ein sogen. reconocimiento,

---

[122]) Costa I 197.

„Anerkennungsvertrag“, gründen[123]). Oft versprechen sich nämlich die Ehegatten in Form eines Schuldanerkenntnisses bei der Eheschliessung bestimmte Geldsummen gewissermassen als Abfindung für den Fall des Ausscheidens aus der Hausgemeinschaft, und zwar verspricht der Ehemann der Frau gewöhnlich das Doppelte von dem, was die Frau dem Mann verspricht. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Ist der überlebende Ehegatte ein conyuge forastero, d. h. ist er nicht heredero, und sind keine Söhne vorhanden, so bekommt er, wenn er ein casamiento fuera de la casa (Gegensatz casamiento en casa) schliesst, die ihm für diesen Fall versprochene Geldsumme, und zwar bildet diese hier eine Vergütung für die Arbeit, die der Ehegatte während der Ehe im Dienste der Gemeinschaft geleistet hat.

2. Ist der überlebende Ehegatte ein heredero und sind Söhne da, so äussert das reconocimiento folgende Wirkung: eigentlich müsste der überlebende Ehegatte den Kindern aus der gemeinschaftlichen Ehe das Vermögen des verstorbenen Ehegatten abtreten, aber da ihm ja der verstorbene Ehegatte aus seinem Vermögen vielleicht Tausend für diesen Fall versprochen hat, so bringt er diese Tausend von dem Vermögen des Verstorbenen in Abzug. Der Gedanke, der in diesem Falle dem reconocimiento zu Grunde liegt, ist die Idee des splendor familiae: der überlebende Ehegatte ist in Folge des reconocimiento reicher und kann leichter eine begüterte Frau heimführen, während sonst die Auszahlung der ganzen dote ihn vielleicht wirthschaftlich zurückgebracht hätte.

9. Hermandad conyugal (Eheliche Gemeinschaft)[124]).

Die Rechtsverhältnisse der Ehegatten während und nach der Ehe, wie sie bisher besprochen sind, haben in der Regel

[123]) Vgl. hierzu in merkwürdiger Uebereinstimmung das altägyptische Recht, wie es bei Paturet (la condition juridique de la femme dans l'ancienne Égypte p. 76) zu Tage tritt. Vgl. hierzu noch Kohler, Das Recht als Lebenselement der Völker p. 18.

[124]) Eigentlich: eheliche Brüderschaft.

zur Voraussetzung, dass einer der Ehegatten heredero ist, d. h. Verwalter eines Familiengutes. In diesem Falle haben wir die Gütertrennung und Errungenschaftsgemeinschaft als den gewöhnlichen ehelichen Güterstand kennen gelernt.

Anders liegt aber der Fall, wenn sich zwei Personen verheirathen, von denen keiner heredero ist. Tritt das Ehepaar nicht durch acogimiento oder auf andere Weise in eine Gemeinschaft, so liegt in dieser Eheschliessung die Begründung einer besonderen Hausgemeinschaft[125]). Da es sich hier eben nicht um die Fortsetzung einer alten Familie handelt, liegt der Eheschliessung auch kein heredamiento zu Grunde, vielmehr pflegt in diesem Falle ein sogen. agermanamiento (Verbrüderungsvertrag) geschlossen zu werden. Sein Inhalt ist, im Grossen und Ganzen genommen, die Begründung der ehelichen Gütergemeinschaft[126]).

Man will durch den engen Zusammenschluss der beiderseitigen Vermögensmassen ein Familiengut stiften. Denn sind beide Ehegatten solteros, wie Costa sich ausdrückt[127]), so bekommen sie ja bei ihrer Verheirathung nur die dote oder legitima von dem heredero, aus dessen Gemeinschaft sie ausscheiden.

Im Einzelnen wird meist vereinbart: stirbt einer der Ehegatten ohne Kinder, so wird der andere Theil Alleineigenthümer der Güter und kann nach freiem Belieben über sie verfügen; stirbt aber auch er, ohne über die Güter verfügt zu haben, so greift das droit de retour ein und die Vermögensmassen fallen wieder aus einander und an die Stämme

---

[125]) Vgl. das Nebenhaus (Bunge) des japanischen Rechts, das ein Bruder des Hausinhabers, wenn er aus der Gemeinschaft durch die Eheschliessung heraustritt, gründet; Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 443.

[126]) Eine solche Gütergemeinschaft besteht in Aragonien nicht, wie in anderen Theilen Spaniens (z. B. im fuero de Bailío) und in Portugal (Cod. civ. 1890 ff.) als gesetzlicher Güterstand, kann aber nach aragonischem Provinzialrecht durch Vertrag gültig vereinbart werden.

[127]) Soltero ist, wer noch nicht verheirathet war.

zurück, aus denen sie stammen. Sind jedoch beim Tode des Erstversterbenden Kinder vorhanden, so wird zwar gleichfalls der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer der Güter, kann aber über sie nicht unentgeltlich und auch entgeltlich nur in Fällen dringender Noth verfügen.

Hier folge ein Beispiel eines agermanamiento:

„Es condición precisa que dichos cónyuges se acogen y admiten á hermandad llana, y en su consecuencia, los bienes de parte de arriba traídos y mandados, y los que se adquieran constante matrimonio, así a título lucrativo como oneroso, recaerán en el sobreviviente, para que pueda disponer de ellos á su libre voluntad, y si muriese sin hacer disposición, recaerán por iguales partes en los respectivos habientes-derecho“ [128]).

Da, wie gesagt, der Zweck dieser hermandad conyugal der ist, ein Familiengut zu gründen, und da es auch meist schon in der ersten Generation zum Abschluss eines heredamiento kommt, so wird auch das agermanamiento gewöhnlich in feierlicher Form, öffentlich, in Gegenwart der beiderseitigen Eltern und Verwandten geschlossen, nach Art eines heredamiento.

10. Besondere Arten von Hausgemeinschaften.

Bisher, insbesondere im Abschnitt 5, sind die einfachen Formen des heredamiento universal besprochen worden. Es kommen aber in Hocharagonien noch drei modos de constitución de familias compuestas vor.

a) Das heredamiento in solidum, in welchem Falle eine Hausgemeinschaft aus mehreren Familien besteht. Dieser Fall ist sehr selten, ihm liegt die Absicht zu Grunde, einerseits das Hausgut nicht zu theilen, andererseits doch mehreren Kindern eine selbständige wirthschaftliche Existenz zu schaffen.

---

[128]) Costa I, 216.

Zu dem Zwecke werden zwei Söhne und zwei Töchter, oder ein Sohn und eine Tochter zusammen zu herederos universales pro indiviso eingesetzt, hierbei wird folgendes vereinbart:

Die Eingesetzten und ihre Ehegatten sollen mit den Einsetzenden, den Eltern, in einer Hausgemeinschaft leben, und die Eltern als Leiter, Niessbraucher und Verwalter des Familiengutes („Ehrenvorstandschaft") respectiren; ferner soll der Erstgeborene oder der fähigste Sohn seinerzeit zum Universalerben eingesetzt werden, es soll also nicht getheilt werden. Hier ein Beispiel:

> „Orosia André y Cecilia André, hermanas, la primera viuda, la segunda casada, instituyen herederas universales de sus bienes á dos hijas (una de cada una), al casarlas con dos extraños, debiéndose dividir entre dichas dos cónyuges, por iguales partes, los enunciados bienes, y con la expresa condición de que han de vivir juntos los dos matrimonios con los mandantes F. Sarasa, Orosia André y Cecilia André en una misma casa y compañía, en este lugar de Santa Cilia, asistiéndose unos á otros, trabajando en beneficio de la casa, obediciendo y venerando cual corresponde á los mandantes, como señores mayores; y caso de discordia, el causante de ella se salga de la referida unión y vaya á vivir á otra parte, sin opción á parte alguna de los bienes, los cuales recaerán íntegros en los hijos del matrimonio que observe y cumpla la unión con aquella paz y tranquilidad que se requiere y á que aspiran todos los otorgantes . . . ." [129]).

b) Die zweite Form, die hier zu erwähnen ist, ist die union de dos casas, das juntar dos casas: yuxta posición de dos familias extrañas, por el vínculo de una tercera, mediante heredamiento universal mancomunado de un hijo de la una y hija de la otra [130]).

---

[129]) Costa I, 244.
[130]) Costa I, 218.

Diese Art von Gemeinschaft wird durch die Ehe zwischen einem heredero und einer heredera begründet. Gleichgültig ist es hierbei, ob die Eheschliessenden die einzigen Kinder sind, oder ob sie Geschwister haben. Gewöhnlich leben die beiden Elternpaare der Vertragschliessenden gesondert auf ihren Hausgütern, die jungen Eheleute leben auf dem Gute der Eltern des Mannes und siedeln, wenn diese sterben, in die Gemeinschaft der Eltern der Frau über, wenn diese noch am Leben sind.

c) Das acogimiento oder casamiente á sobre bienes.

Das acogimiento oder casamiente á sobre bienes[131]) ist ein Vertrag, kraft dessen eine familia heredada, mögen Söhne da sein oder nicht, in ihrer Hausgemeinschaft eine andere, oder mehrere andere Familien, mögen sie verwandt sein oder fremd, aufnimmt, entweder in dem Augenblick, wo diese Familie gestiftet wird oder später. Unter den Aufnehmenden und Aufgenommenen wird eine Familiengemeinschaft gegründet, zugleich eine Productions-, Consumtions- und Erwerbsgenossenschaft.

Der Vertrag, auf dem dieses Institut beruht, enthält Jahrhunderte alte und allgemein übliche Rechtsregeln. Er besteht eigentlich aus verschiedenen Sonderverträgen. Nimmt nämlich der heredero A und seine Frau B, welche drei Kinder haben (a, b und c), den Bräutigam d und seine Braut e auf, so ist das acogimiento für d und e ein Ehevertrag, für A und B einerseits und d und e andererseits ein Adoptionsvertrag, für A und B allein eine Art Erbvertrag. Für A, B, a, b, c, d und e zusammen aber die Begründung einer Hausgenossenschaft.

Eine solche Aufnahme von Nichtverwandten kommt viel-

---

[131]) Auch casaminto á patull in einzelnen Gegenden genannt. Das casamiento á sobre bienes darf nicht mit dem casamiento en casa verwechselt werden.

fach vor, so im früheren Schweizer Recht[132]), in der kroatischen und slavonischen Zadruga[133]); als allgemeines Recht bespricht sie Wilutzky[134]). Vor Allem aber findet sich eine solche Aufnahme zum selben Zweck wie hier im japanischen Rechte[135]), nur dass dort sich kein Hauserbe zum Hauserben eines anderen Hauses adoptiren lassen darf[136]); im aragonischen Rechte steht dem aber nichts entgegen, auf solche Weise zwei Hausstände zu vereinigen.

Im Einzelnen sind die Ziele, die in Hocharagonien mit einem solchen acogimiento verfolgt werden, sehr mannigfaltig. Man will den Familiennamen und das Familiengut erhalten, wenn mangels von Söhnen das Aussterben droht; man will das Fehlen von Söhnen oder von cabaleros (tiones) beim Ackerbau ausgleichen. Insbesondere aber will man verhindern, dass das Familienvermögen durch Auszahlung von dotes und legitimas geschmälert wird. Dieser letzte Fall ist sehr wichtig. Hat sich der heredero im heredamiento verpflichten müssen, den Geschwistern, wenn sie aus der Gemeinschaft ausscheiden, die dote oder legitima zu zahlen, so kann die Erfüllung dieser Verpflichtung seinen völligen wirthschaftlichen Ruin bedeuten. Denn wie soll er, wenn die Zahl der Geschwister gross ist, so viel Capital aus dem Gute herausziehen? Dem Uebelstande hilft das casamiente à sobre bienes ab. Will sich ein Bruder verheirathen, so nimmt man ihn und seine Braut in der Gemeinschaft auf, umgeht somit die Auszahlung der Abfindungssumme, vergrössert sogar im Gegentheil durch die dote des Aufgenommenen das Familiengut. Oft dient das acogimiento bloss zur gegenseitigen Unterstützung und Hülfe[137]).

---

[132]) Max Huber S. 29.

[133]) Georg Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 103.

[134]) III, 83.

[135]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 440.

[136]) Am selben Orte S. 440.

[137]) Die gewöhnliche Bedeutung des Wortes ist auch: Aufnahme eines Zufluchtsuchenden, vgl. Tollhausen, Diccionario español.

In den Verträgen werden die einzelnen Ziele klar ausgesprochen, z. B.:

„Manifiesta el F. G. que, en atención á la carencia de brazos que siente en su casa para el cultivo de su patrimonio, permitió al J. F. contraer matrimonio sobre sus bienes con su hermana Francisca G.; que tanto el J. T. como el F. G. han enviudado, y sintiéndose la misma falta, han resuelto enlazar á un tiempo con M. y T., hermanas, para que juntos puedan contribuir á la explotación y cultivo del patrimonio, concediendo, como concede, el primero al segundo nuevo casamiento en la forma que se conoce en este país por ‚sobre bienes', ó lo que es lo mismo" [138]).

Ferner:

„Que careciendo de hijos y no pudiendo atender debidamente á la gestión de su patrimonio por falta de brazos, acoge é instituye heredero á N. — —" [139]).

In der folgenden Urkunde tritt der Adoptionszweck klar zu Tage:

„Por cuanto José Boran y Josefa Araguás, cónyuges, carecen de hijos, han acordado llevarse á su casa al sobrino aquél Ramón Borau y á su consorte Isabel Gil, cónyuges, y adoptarlos por hijos, como de hecho los adoptan, siendo su voluntad que vivan con los adoptantes en una misma casa; y á este fin, los dos primeros, de su libre y espontánea voluntad, dan y mandan, para después de sus días, á los dos segundos todos sus bienes y haciendas — —".

Meist wird es, wie hier, den acogentes an einem Haussohn fehlen. Erforderlich aber, wie im japanischen Rechte [140]), ist dies nicht.

---

[138]) Costa I, 221—222.
[139]) Costa I, 222.
[140]) Kohler a. a. O. S. 440.

Das Rechtsverhältniss zwischen den acogentes und acogides ist co-usufructo und co-administración, z. B.:

„Permiten al Joaquín F. que contraiga este nuevo enlace sobre los bienes de aquél, en la forma conocida en este pais por ‚sobre bienes', ó lo que es lo mismo, le admiten á él y á su consorte al usufructo de la citada herencia, en igual parte que sus propietarios, con derecho además de que sus hijos sean mantenidos en ella y dotados al haber y poder de la casa — —"[141]).

Sterben die Aufnehmenden, so werden entweder die Aufgenommenen Alleineigenthümer, oder, wenn Söhne da sind, treten diese an die Stelle der Verstorbenen.

Da alles auf die Erhaltung der Familieneinheit und der Einheit des Familiengutes hinausläuft, wird meist festgesetzt, dass der Sohn der acogentes die Stelle des heredero erhalten soll, und sucht man meist es so einzurichten, dass der Sohn der acogentes eine Tochter der acogidos heirathet:

„Los acogentes se reservan el derecho de contraer segundas ó ulteriores nupcias, caso de que enviudaren; y si de ellas les nacieren hijos, uno de ellos será heredero universal con preferencia á los de los acogidos, pero, en tal caso, se hará lo posible porque el tal heredero ó heredera case con una hija ó hijo de los acogidos: los demás hijos, asi de éstos como de aquéllos, serán dotados al haber y poder de la casa, etc."[142]).

Gewöhnlich behalten sich beide Theile das Recht des casamiento en casa vor. Hier wird dann, wie oben dargelegt, der gewöhnliche Niessbrauch am Vermögen des Verstorbenen auf Lebenszeit über die Eingehung der neuen Ehe hinaus verlängert.

Zu den Pflichten der Aufgenommenen gehört, und hier

---

141) Costa I, 223—224.
142) Costa I, 226.

streift das Institut wieder an die Adoption, Achtung und Ehrerbietung gegenüber den Aufnehmenden:

„Por su parte, el Ramón F. y su futura consorte T. se comprometen y obligan á trabajar en la casa y bienes de los acogentes cuanto les sea posible, con el mismo interés que si se tratase de bienes suyos propios, y á respetarlos, obedecerlos y reverenciarlos como señores mayores, etc.“ [143]).

Ferner müssen die Aufnehmenden an den Arbeiten der Gemeinschaft mitarbeiten und den Gewinn einwerfen.

Das Verhältniss zwischen den Parteien kann aus wichtigen Gründen aufgelöst werden. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet der consejo de familia. Zuweilen jedoch wird die absolute Unauflöslichkeit der Gemeinschaft vereinbart, mit der Wirkung, dass, wer sich trennt, alle seine Rechte verliert.

Die Auseinandersetzung bei der Auflösung geht verschieden vor sich: bald ziehen die acogidos das Eingebrachte und die Hälfte der Errungenschaft heraus, bald ihre dotes nebst einer Geldentschädigung, die zuweilen fest bestimmt ist, zuweilen nach der Dauer der gemeinsamen Arbeit berechnet wird [144]); dann kommt es wiederum vor, dass das Grundstück der acogentes auf die acogidos übergeht. Zuweilen wird dem consejo de familia die Auseinandersetzung überlassen. In einigen Fällen stufen sich die Rechte bei der Auseinandersetzung nach dem Grade ab, in dem eine Partei die Trennung verschuldet hat; zuweilen ist das Alter der Parteien massgebend, auch kommt blosse Halbtheilung vor.

Aber so eingehend in den einzelnen Urkunden die Vorschriften über die Auseinandersetzung sind, so selten sind in Wirklichkeit bei dem zähen Festhalten der Aragonier an dem Gemeinschaftsleben die Auflösungen solcher Wahlfamilien.

---

[143]) Costa I, 230.

[144]) Auch hier der Gesichtspunkt des Arbeitslohns!

Zum Schluss sei noch das acogimiento condicional (bedingt) ó por tiempo erwähnt, d. h. es wird ein acogimiento-Verhältniss unter einer auflösenden Bedingung oder einer Befristung abgeschlossen. Zur Verdeutlichung der Sachlage sei ein Beispiel gegeben, das zugleich das verwirrende Bild erkennen lässt, das dem Forscher die Fülle der Lebenserscheinungen in einem kraftvollen Gewohnheitsrecht bietet:

Die heredera A schliesst innerhalb der Hausgemeinschaft ihrer Eltern eine Ehe mit a, nach dem Tode des a mit b, nach dessen Tode mit c. Aus der ersten Ehe (A + a) stammen drei Kinder, aus der zweiten Ehe (A + b) eine Tochter; die dritte Ehe (A + c) ist kinderlos. Als A noch mit a verheirathet war, setzten die Ehegatten eine der gemeinschaftlichen Töchter zur heredera ein. Diese Tochter stirbt und hinterlässt Kinder; ihr Mann macht von dem Recht Gebrauch, das er sich für diesen Fall vorbehalten hat, und schliesst ein casamiento en casa. Seine zweite Frau kommt also in die Gemeinschaft. Sie gebärt ihm zwei Kinder. Er nimmt ferner mit ihr, gemäss einem Familienbeschlusse, die Tochter aus der Ehe A + b durch acogimiento auf, so dass diese Tochter mit ihrem Gatten „sobre bienes“ heirathet. So leben nun um einen Herd herum Personen, die durch die verschiedensten rechtlichen und Blutsbande verbunden sind und besondere rechtliche Stellungen einnehmen: die Grossmutter A mit ihrem dritten Gatten, Verwalter des Familiengutes als Ehrenvorsitzende der Gemeinschaft, der Schwiegersohn der A und seine zweite Gattin, die gleichfalls auf Grund des casamiento en casa Niessbraucher sind; ferner die Tochter aus der Ehe A + b mit ihrem Ehegatten als acogidos der vier vorher genannten Personen. Nun sind aber noch die Enkel der A aus der Ehe A + a minderjährig, und deshalb darf das acogimiento, das mit der Tochter aus der Ehe A + b geschlossen wird, nur unter der (auflösenden) Bedingung geschlossen werden, dass diese Minderjährigen, wenn sie zu ihren Tagen gekommen sind, dem Vertrage beitreten, also auch ihrerseits mit den

acogidos den Gemeinschaftsvertrag schliessen. Thun sie dies nicht, so müssen die acogidos wieder aus der Gemeinschaft hinaus und bekommen dann das Eingebrachte und ausserdem, gewissermassen als angesammelten Arbeitslohn für jedes Jahr das sie in der Gemeinschaft verbracht haben, eine Summe von vielleicht 100 pesetas.

In der That, die Kundgebung eines tiefen juristischen Sinns, der hier dem Bedürfniss nach Arbeitskräften im aragonischen Bauernthum auf eine so scharfsinnige Weise abgeholfen hat!

11. Die Auflösung der Hausgemeinschaft.

Die Hocharagonische Hausgemeinschaft stirbt nie aus, denn jeder heredero ist durch das heredamiento, auf dem seine Stellung beruht, zur Ernennung eines neuen heredero verpflichtet. Thut er es nicht, so greift der consejo de familia ein. Ist kein Erbe vorhanden, dann wird ein acogimiento geschlossen. So ist hier die Dauer einer Hausgemeinschaft weit grösser, als selbst in China[145]. Eine Auflösung kann nie durch äussere Umstände, wie Erblosigkeit oder Zeitablauf, hervorgerufen werden. Daraus folgt, dass von einem eigentlichen Erbrecht hier nichts zu sagen ist. Der freie Willensentschluss lässt es zur Theilung kommen. Der Wille zur Auflösung aber ist bei dem starren Familiensinn der Aragonier gering; dazu kommt die wirthschaftliche Bedeutung des Zusammenlebens, die die Hausgenossen zusammenhält, und nicht zuletzt ist es der consejo de familia, der es fast nie zum Bruche kommen lässt.

Rechtlich aber besteht gänzliche Freiheit für den Einzelnen auszuscheiden. Es können also auch alle Mitglieder aus einander gehen. Aber auch in diesem Falle wird im Allgemeinen nicht getheilt; die grosse Streitfrage, z. B. des Schweizer Rechts, wie getheilt werden soll[146], existirt hier

[145]) Vgl. Wilutzky II, 103.

[146]) Vgl. hierzu Huber, System und Geschichte des Schweizer

nicht. Vielmehr besteht ja die vermögensrechtliche Auseinandersetzung lediglich darin, dass die Mitglieder, die nicht heredero sind, durch dote oder legitima abgefunden werden. Da diese Abfindungssumme gewöhnlich nicht auf einmal bezahlt wird, sondern meist als hypothekarisch gesichertes Darlehn erscheint, so braucht eine solche völlige Trennung noch nicht einmal mit einer Verminderung der liegenden Familiengüter verbunden zu sein. In seltenen Fällen findet allerdings bei Uneinigkeit der Genossen Theilung statt.

12. Die Hausgemeinschaften in den übrigen Theilen der pyrenäischen Halbinsel.

Der Darstellung der Hausgemeinschaft in Aragonien sei hier kurz eine Uebersicht über die Hausgemeinschaften in den übrigen Theilen der pyrenäischen Halbinsel angeschlossen.

1. Cataluña, das Nachbarland von Aragonien, sieht die heredamientos noch in voller Blüthe, wenn auch das Gemeinschaftsleben an sich nicht mehr so ausgebildet ist. Das catalonische Gewohnheitsrecht ist eingehend von Duran y Bas in seinem schon genannten Buche Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña behandelt. Im Grossen und Ganzen kann man sagen, dass es denselben Regeln, wie den in Hocharagonien, untersteht. Nur herrscht beim heredamiento die Primogeniturerbfolge.

2. Die Reste der alten Hausgemeinschaft, die sich in Asturien finden, hat D. Manuel Pedregal behandelt[147]. Die bäuerliche Familie bildet hier eine geschlossene Einheit mit ungetheiltem Familiengut. Die Eltern wählen den Tüchtigsten zum Nachfolger. Die anderen Söhne erwerben ausnahmslos ein peculio, trennen sich von der Gemeinschaft und wandern oft nach Amerika aus, so dass sich die Hausgemeinschaften,

---

Privatrechts IV, 254 f.; Max Huber S. 94; Cohn, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIII S. 11 und 118.

[147]) Derecho consuetudinario II, 99 ff.

wo sie noch bestehen, rasch auflösen. Schon erwähnt ist, dass die väterliche Gewalt in Asturien sehr stark ist. Interessant ist noch, dass die Ehefrau des heredero eine einflussreiche Stellung in der Gemeinschaft einnimmt[148]).

3. Navarra sieht noch eine starke Hausgemeinschaft mit ungefähr den gleichen Regeln wie die aragonische. Das fuero de Navarra steht auch hier der Bevorzugung eines einzelnen der Kinder nicht entgegen. Der heredero universal muss nach dem Gesetz die übrigen mit dem ausstatten, was zur Gründung einer selbständigen Existenz erforderlich ist. Das Gewohnheitsrecht geht weiter in dem Gedanken der Untheilbarkeit des Familiengutes und schwächt das Recht der übrigen Geschwister auf eine verhältnissmässig geringe Summe ab.

4. In Vizcaya herrscht baskisches Gewohnheitsrecht. Der Vater hat völlige Freiheit, das Gut ungetheilt zu lassen. Nie dürfen die Güter aus der Familie heraus[149]). Es herrscht strenges troncalidad-Recht[150]).

5. Die sociedad gallega ó compañia de familia in Galizien ist nur noch in Resten vorhanden. Alle Verwandten, Grosseltern, Eltern, Söhne, Schwiegersöhne u. s. w. leben in ungetheilter Gemeinschaft ohne feste Antheile zusammen. Aller Erwerb fliesst in die Kasse der Gemeinschaft; jeder Verlust wird gemeinschaftlich getragen. Doch giebt es Sondergüter.

Dem heredamiento entspricht in Galizien die casa petrucial[151]); der älteste oder tüchtigste Sohn wird berufen als jefe de la familia zu labrar y poseer el „lugar", das Familiengut, er alimentirt die Eltern und Brüder. Die Abfindung

---

[148]) Mutterrecht? Vgl. Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 410 ff.

[149]) Costa I, 45, 88.

[150]) Vgl. auch über die sich hier anschliessende, gleichfalls streng autokratisch aufgebaute Familie der französischen Pyrenäen Cordier in der Revue historique de droit français et étranger, Bd. V, p. 257 ff.

[151]) Petrucio = Erstgeborener.

besteht meist in einer Kornrente (renta sisa y en saco genannt).

Aber im geraden Gegensatze zur aragonischen Hausgemeinschaft ist die galizische un perpetuo semillero (Pflanzschule) de pleitos, da jede Ehe, jeder Todesfall, jede Geburt die Rechtsverhältnisse verändert. Die Advokaten rathen daher stets zur Auflösung der Gemeinschaften. Nach Costa[152]) liegen die Mängel nicht im Wesen der Hausgemeinschaften überhaupt, sondern im galizischen Recht[153]).

Die sociedad gallega hat D. Gumersindo Buján in seinem Estudio juridico sobre el contrato de Compañia de familia behandelt.

6. Endlich sei noch das portugiesische Recht erwähnt. Die portugiesische sociedad familiar beruht auf demselben Ursprung wie die spanische. Insbesondere steht sie mit der galizischen in naher Verbindung und theilt mit ihr das Schicksal, eine Quelle von Processen zu sein. Trotzdem hat der portugiesische Código Civil sie aufgenommen.

Die portugiesische sociedad familiar kommt zwischen Geschwistern oder zwischen Eltern und volljährigen Kindern vor[154]). Sie ähnelt stark der Schweizer Gemeinderschaft, da sie grundsätzlich eine Erbengemeinschaft ist. Sie kann insbesondere durch stillschweigendes Zusammenwohnenbleiben begründet werden.

Bei der Auseinandersetzung wird zwischen Capital und Errungenschaft geschieden. Die letztere wird nur unter den Mitgliedern vertheilt, die an ihrem Erwerb theilgenommen haben. Es wird zu gleichen Theilen getheilt; Frauen bekommen nur den halben Theil[155]).

---

[152]) I, 47.

[153]) Mag nicht aber die Incongruenz der alten Hausgemeinschaften und des modernen Rechts der Grund sein? Allerdings ist Aragonien eine merkwürdige Ausnahme.

[154]) C. C. §§ 1281.

[155]) Vgl. C. C. §§ 1283 ff.

13. Die Zukunft der Hausgemeinschaften in Hocharagonien.

Trotz des starren Festhaltens der Hocharagonier an ihrem alten Gewohnheitsrecht, wird nicht zu leugnen sein, dass die Hausgemeinschaft hier, wie in allen übrigen Ländern, wo sie sich noch findet, dem Tode geweiht ist. Dies kann nicht verwundern. Denn es gilt dasselbe, was man vom japanischen Recht gesagt hat, dass nämlich seine Auffassung vom Hausstand und der unbedingten Nothwendigkeit der Fortsetzung des Hausstandes durch die nächste Generation für die Wirthschaftsstufe des Hirtenthums und Ackerbaues und für die Familienstufe des Matriarchats charakteristisch ist[156]).

Und, wie von der Schweizer Gemeinderschaft berichtet wird, ihre Erhaltung sei schwerlich zu erhoffen[157]), wie selbst in Japan die Hausgemeinschaft bald den Zuständen der westeuropäischen Länder weichen wird[158]), so wird von der spanischen Hausgemeinschaft schwerlich etwas anderes zu erwarten sein. Stutzig macht nur, dass wir hier keine Spuren von dem gewöhnlichen Zersetzungsprocesse finden, denn in der Geschichte des indogermanischen Familienrechts ist stets das Sondergut das zersetzende Element[159]), wenn auch zuweilen noch andere Momente mitgewirkt haben mögen, wie in Deutschland der Einfluss der Kirche[160]). In der Regel führt aber das peculium zum Privateigenthum und der wirthschaftlichen Loslösung des Einzelnen von der Gemeinschaft. Anders in Hocharagonien, wo die Wirtschaftsverhältnisse so eigenartig liegen, dass eine wirthschaftliche Selbständigkeit des Einzelnen fast unmöglich ist.

---

[156]) Vgl. Friedrich und Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 373.

[157]) Max Huber S. 126.

[158]) Friedrich und Kohler a. a. O. S. 374.

[159]) Vgl. Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XI S. 410; insbesondere neuerdings für das ungarische Recht Timon S. 78.

[160]) Von Amira, Grundriss S. 122.

Jedenfalls hat es den Anschein, als ob der Zerfall der aragonischen Hausgemeinschaft noch sehr lange auf sich warten lassen wird.

Insbesondere wird nach den neuesten Arbeiten auf diesem Gebiete die Streitfrage über den Werth der Hausgemeinschaften überhaupt, die Georg Cohn in seinem vielgenannten Aufsatze hinsichtlich der Schweiz eingehend erörtert, in Spanien nicht mehr auftauchen, wenn es wirklich zur Codification der Provinzialrechte kommen sollte.

Mag man aber selbst den Hausgemeinschaften überhaupt und der aragonischen Hausgemeinschaft insbesondere jede Existenzberechtigung innerhalb der westeuropäischen Kultur absprechen wollen, das werden die Gegner jedenfalls nicht leugnen können, dass man nirgends so gut wie hier das Werden und Wachsen des Rechts aus der Volksseele heraus belauschen kann.

VIII.

Die poetische Literatur als Quelle der Rechtserkenntniss.

Von

Dr. Albert Hellwig,
Kammergerichtsreferendar in Cöpenick.

I. Bedeutung der Sagen, Märchen, Lieder u. s. w. für die ethnologische Jurisprudenz.

In der Vorbemerkung, die Kohler dem ersten Heft der von ihm herausgegebenen „Berliner Juristischen Beiträge zum Civilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Strafprozess und zur vergleichenden Rechtswissenschaft“ (Berlin 1903) mit auf den Weg gegeben hat, spricht er den Gedanken aus, es sei nöthig, „dass alle Kraft angespannt und dass unserer Wissenschaft die unendlich vielen zerstreuten Materialien dienstbar gemacht werden“. Diese Mahnung verdiente beherzigt zu werden; wenn wir in der ethnologischen Jurisprudenz sichere Resultate erlangen und nicht viele kostbare Zeit verschwenden wollen, müssen wir, glaube ich, noch systematischer als bisher vorgehen, insbesondere in Bezug auf die Materialsammlungen. Dies näher auszuführen ist hier nicht der Ort. Die folgenden Zeilen bezwecken nur, auf das unendlich grosse und oft hochbedeutsame Material aufmerksam zu machen, das in Märchen und Gesängen der Völker begraben liegt und noch der Hand harrt, welche die verborgenen Schätze ans Tageslicht ziehen soll.

Zwar sind ebenso wie schon früher in der römischen und deutschen Rechtsgeschichte [1]), so auch in der vergleichenden Rechtswissenschaft des öftern poetische Materialien verwandt und schöne Resultate erzielt worden — ich brauche nur an Kohler's einschlägige Arbeiten zu erinnern [1a]) —, aber in ihrem vollen Werth sind meines Erachtens die Aufschlüsse, welche wir aus den literarischen Erzeugnissen der Völker über ihr Rechtsleben erhalten, noch nicht genügend gewürdigt.

Zweierlei Art sind die Materialien, die dem Rechtshistoriker zur Verfügung stehen: In den einen, in den Gesetzen oder den Satzungen des Gewohnheitsrechts, sind die Normen des Rechtslebens dargelegt, in den anderen, in Geschäftsurkunden, Urtheilen, Reisebeschreibungen, Liedern u. s. w. spiegelt sich das Rechtsleben selber in seinen oft mannigfach von der objectiven Norm abweichenden Schattirungen und Nuancirungen.

Dass die Norm nicht immer der Wirklichkeit entspricht, ist so selbstverständlich, dass es kaum erwähnt zu werden brauchte, wenn nicht zahlreiche, sonst treffliche Bücher und Abhandlungen diesen Erfahrungssatz anscheinend nicht kennen oder doch wenigstens nicht genügend beachten. Es wird deshalb genügen, nur einige markante Beispiele kurz zu streifen.

Nach unserem geltenden Recht gilt der Satz, dass die Miethe postnumerando gezahlt wird. In der Praxis — wenigstens in den grossen Städten — muss sie aber allüberall im voraus bezahlt werden; die Zahl der Verurtheilungen wegen Meineids

---

[1]) Vergl. z. B. J. Dreyer, Von dem Nutzen des Gedichtes Reinke de Voss in Erklärung deutscher Rechtsalterthümer (Bützow 1768.) — Schröder, Corpus juris poeticum. — Costa, Il diritto privato nelle comedie di Terenzio (Archivio giuridico. Vol. 50.) — Arias, Istituzioni giuridiche nella divina comedia (1901). — A. Esmein, Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains (Nouv. rev. hist. de droit franç. et étranger, 1902, p. 5—32 und 113—146.

[1a]) Ferner z. B. an die ausgezeichnete Arbeit von O. Procksch, Ueber die Blutrache bei den vorislamitischen Arabern und Muhammeds Stellung zu ihr (Leipzig 1899).

ist im Abnehmen begriffen: wer daraus aber auf eine Verminderung der Meineide selbst schliessen wollte, der würde sich sehr im Irrthum befinden, da, wie mir jeder Mann der Praxis bezeugen kann, recht viele Meineide geschworen werden [1b]).

Dies erscheint so selbstverständlich, dass es kaum zu verstehen ist, dass in der ethnologischen Jurisprudenz hiergegen noch so vielfach gesündigt wird, um so weniger, als die Rechtshistoriker sich dieser Einsicht nicht verschlossen und bis vor kurzem — bis zu den epochemachenden Papyrusfunden — die Romanisten nichts mehr bedauerten, als dass ihnen nicht ein so reicher Urkundenschatz zu Gebote stand wie den Germanisten. Die ethnologische Jurisprudenz ist nun zwar in Bezug auf die meisten Völker auf Schilderungen des concreten Rechtslebens, wie sie sich in Reisebeschreibungen u. s. w. finden, angewiesen. Für diese Materie ist obiger Vorwurf allerdings obsolet. In den Culturrechten, so dem indischen und babylonischen, wird aber vielfach der Fehler begangen, dass die in den Rechtsbüchern und Gesetzen enthaltenen Normen als die wirkliche Gestaltung des Rechts dargestellt und das umfangreiche Material zur Correctur, das uns in Dramen, Liedern, Urkunden u. s. w. in Hülle und Fülle zu Gebote steht, achtlos bei Seite gelassen wird.

So ist es mir, was das babylonische Recht betrifft, aufgefallen, dass alle Darstellungen des Codex Hammurabi die gleichzeitigen Urkunden verhältnissmässig nur wenig benutzen, und sie gewissermassen fast mehr zur Ausschmückung anführen, denn als dass sie die Normen des Gesetzes mit den Rechtsurkunden der Zeit Hammurabis und der unmittelbar vorhergehenden und folgenden Jahrzehnte tief eingehend vergleichen [1c]). Und doch führt diese Vergleichung zu wichtigen

---

[1b]) Für den Gegensatz von Theorie und Praxis des altjüdischen Schuldrechts vgl. D. Castelli, Creditori e debitori nell' antica società ebraica (Rivista italiana di sociologia, 1899, p. 302—316).

[1c]) [Dies passt nicht auf Kohler-Peiser's Hammurabi, wo nicht

Resultaten, wie ich aus eigner Erfahrung versichern kann. Doch mag diese Nichtbeachtung der Urkunden immerhin noch erklärlich erscheinen, da es — abgesehen von der durch die Babel-Bibel-Manie unserer Tage hervorgerufenen Vergleichung mit dem mosaischen Recht — zunächst darauf ankam, eine klare Zusammenstellung der in jenem ältesten (uns überlieferten) Gesetzbuch der Welt enthaltenen Rechtsgedanken zu liefern. Eine künftige Darstellung des altbabylonischen Rechts wird aber die Rechtsurkunden viel mehr, als bis jetzt geschehen, ausnutzen müssen, und dadurch — davon bin ich fest überzeugt — in gar manchem wichtigen Punkt zu einer anderen Auffassung dieses so ungemein interessanten Rechtsgebildes gelangen.

Schwer zu verstehen aber ist, dass selbst ganz hervorragende Gelehrte in ihren Abhandlungen über indisches Recht einzig und allein die indischen Rechtsbücher als Quelle ihrer Untersuchungen benutzen. Man verstehe mich nicht falsch: Selbstverständlich haben alle solche Abhandlungen grossen Werth. Falsch aber ist es, die im Gesetzbuch des Manu u. s. w. zu Tage tretenden Anschauungen ohne Weiteres mit der Praxis im altindischen Rechtsleben zu identificiren. Trefflich bemerkt in dieser Hinsicht Steinmetz: „Wie de oude toestanden der Indiërs beoordeelt naar het wetboek van Manoe, houdt de ideale norm van een deel van het volk voor den feitelijken toestand van al zijn deelen“ [2]). Mit Recht fängt man an, die Tradition der Brahmanen nicht immer für baare Münze zu nehmen [3]). Dass in der That die Brahmanen nicht diejenige hervorragende Stellung einnahmen, die sie sich selbst in den von ihnen verfassten Rechtsbüchern beilegten, ergiebt sich, wie mir scheint, schon unzweideutig daraus, dass die lächerliche

---

nur S. 106 f. das veröffentlichte Urkundenmaterial herangezogen, sondern auch ein eigener Urkundenband vorgesehen wird. Kohler.]

[2]) Steinmetz, Wat is Sociologie? (Leiden 1900) S. 10.

[3]) Vgl. die treffliche Schrift von J. Dahlmann, Das altindische Volksthum und seine Bedeutung. (Köln 1899.)

Figur, der Possenreisser und dumme Narr, in zahlreichen indischen Dramen gerade ein Brahmane ist.

Das was für das deutsche, griechische, babylonische Recht die Urkunden sind, das sind für die Rechte der meisten anderen Völker die Märchen, Lieder, Dramen u. s. w., überhaupt die ganze sogenannte schöne Literatur. Das in ihr enthaltene Material liegt fast gänzlich noch brach, und doch hat es vor der anderen Hauptquelle der ethnologischen Jurisprudenz, den Reisebeschreibungen, zwei grosse Vorzüge voraus: einmal reicht es vielfach in Zeiten zurück, über die wir keine Schilderungen aus dritter Hand haben, zweitens aber ist das in ihm enthaltene Material ursprünglicher und, da unmittelbar aus dem Volke selbst stammend, meistens zuverlässiger als viele Reisebeschreibungen.

Gerade aber von diesem Gesichtspunkt aus wird vielleicht der eine oder der andere Zweifel hegen an der Brauchbarkeit der poetischen Literatur als Rechtsquelle. Wenn allerdings ein nach zehntausend Jahren lebender ethnologisch-juristischer Professor — hoffentlich giebt es dann schon welche! —, nachdem etwa durch einen Weltenbrand alle unsere Rechtsdenkmäler wie Gesetze, Urkunden, juristische Literatur u. s. w. ohne jegliche Ausnahme zerstört sind, versuchen sollte, aus den modernen Dramen und Romanen sich eine „Vorgeschichte“ des künftigen Weltrechts zu construiren, so dürfte er in der That zu gar absonderlichen Phantasiegebilden kommen. Die Stellung, die unsere moderne Literatur zum Volksleben einnimmt, lässt sich aber auch durchaus nicht in Parallele stellen mit jener der Sagen, Märchen u. s. w. der kulturärmeren Völker und mit den aus dem Volke selbst entstandenen Märchen u. s. w. unserer Altvorderen. Zwar behandeln auch unsere Dichter sociale Probleme und verleihen in manchem Punkt nur den Anschauungen und Stimmungen des Volkes, des wirklich realen Lebens, Ausdruck. Doch dass im Durchschnitt alle ihre Schilderungen der Wirklichkeit entsprechen, wird Niemand behaupten können, da es unseren Poeten in der Regel mehr auf die

Begründung einer reformatorischen Idee ankommt, denn auf eine naturgetreue Schilderung der nackten Thatsachen.

Dass diese moralisirende Tendenz zwar auch in früheren Culturperioden zu finden ist, werden wir später sehen; deshalb kann allerdings nicht geleugnet werden, dass es gefahrvoll ist, die Rechtssätze, welche wir aus Märchen u. s. w. abstrahiren können, ohne Weiteres mit der Wirklichkeit zu identificiren. Vielmehr müssen wir uns stets bewusst sein, dass es sich ebensogut um Phantasiegebilde des Dichters handeln kann. Bei einiger Kritik lassen sich aber wenigstens die reformatorischen Rechtsphantasiegebilde — und sie bilden das Hauptcontingent — gar leicht an der Form der Darstellung erkennen. Dass aber die Rechtsnachrichten, die wir gewissermassen nebenbei erhalten, indem z. B. in einem Märchen eine Pfändung vorgenommen oder Jemand für ein Verbrechen bestraft wird, nicht mit der Wirklichkeit des Rechtslebens übereinstimmen, lässt sich nicht vermuthen. Im Gegentheil ist die Wahrscheinlichkeit sehr gross, dass sie ein wahrheitsgetreues Abbild der Wirklichkeit geben [3a]).

In jenen Zeiten der Volkspoesie besteht noch nicht die uns bekannte Entfremdung zwischen Volk und Recht; vielmehr bildet das Recht einen lebenskräftigen Bestandtheil des Gesammtvolkslebens, an dem alle Volksgenossen mehr oder minder lebhaft Antheil haben. Ein grösserer Schatz von Rechtskenntnissen ist — im Gegensatz zum Zeitalter der Electricität — ein Gemeingut aller Kreise, ein integrirender Bestandtheil der Elementarbildung. Was speciell die Märchen betrifft, so muss man sich vergegenwärtigen, dass sie nicht für kleine Kinder bestimmt sind — der Uebermoderne verwirft sie sogar für unsere Kleinsten — sondern, dass sie vom Märchenerzähler einem andächtig lauschenden erwachsenen

---

[3a]) Sainéan, „L'état actuel des études de folk-lore" (Rev. de synthèse hist., 1902) und die Analyse davon in L'année sociologique", VI, 1903, p. 271 f.

Publikum aller Stände vorgetragen werden. Die Schilderungen, die sie von der Wirklichkeit geben, sind dem entsprechend meistens wahrheitsgetreu und durchaus zuverlässlich [4]).

Dies konnte ich so recht bei meiner auf Erkenntniss der Rechtsgedanken gerichteten Lektüre von „Tausend und einer Nacht“ merken. Ich fand zahlreiche interessante Notizen über alle drei Arten des Asylrechts [5]), die ich durch Vergleichung mit zahllosen anderen Materialien als durchaus der historischen Gestaltung entsprechend nachweisen konnte [6]). Dass sich aber neben wirklich brauchbarem Material manchmal auch Rechtsnachrichten finden, die lediglich der regen Phantasie des Dichters ihr Dasein verdanken, soll nicht geleugnet werden. Sind denn aber alle Rechtsnachrichten der Reisenden verlässlich? Durch Kritik und Vergleichung lassen sich überdies diese imaginären Rechtsgebilde meistens als solche erkennen. Keinesfalls ist es aber in Folge dieser geringen Gefahr angebracht, die reichen Materialien, welche die Lieder, Sagen, Märchen, Legenden, Sprichwörter u. s. w. dem vergleichenden Rechtshistoriker liefern können, gänzlich unbenutzt zu lassen.

Bei der Verwerthung dieser Materialien ist selbstverständlich zu beachten, dass jedwede Dichtung, ganz besonders aber die Volksdichtung unter dem Einflusse ihrer Zeit steht. Wenn daher auch im Märchen angeblich fremde Länder und Begebenheiten ferner Zeiten geschildert werden sollen, so sind

---

4) Vgl. auch die treffende Bemerkung, die L. Katscher, Aus China II (Leipzig [Reclam], o. J.) S. 105 f. seiner Uebersetzung dreier chinesischer Märchen voranschickt; ferner C. Velten, Märchen und Erzählungen der Suaheli. (Lehrbücher des Seminars für orientalische Sprachen zu Berlin, Bd. 18, Stuttgart und Berlin 1898, Einleitung XI; Weil, Tausend und eine Nacht, 4. Aufl. Bonn 1897, Bd. I, Einleitung p. VI.)

5) Ueber die Arten des Asylrechts vgl. den ersten Band meines „Asylrechts der Naturvölker“ (Berliner jurist. Beiträge, herausg. von Kohler, Heft I, Berlin 1903) § 2.

6) Hierüber vielleicht an anderer Stelle.

doch der Regel nach die Rechtserscheinungen und Rechtsgedanken, die in jenem Märchen zu Tage treten, nicht diejenigen des fremden Landes oder der früheren Zeit, sondern die des Jahrhunderts und Landes des Dichters [7]).

Im Folgenden soll an einigen Beispielen gezeigt werden, dass die poetische Literatur in der That beachtlichen Rechtsstoff birgt. Nur von diesem Gesichtspunkt aus bitte ich die folgenden anspruchslosen Abhandlungen würdigen zu wollen. Ich betone nochmals: Nur einige Materialien sammeln, nicht diese kritisch verwerthen will ich in den folgenden Skizzen.

II. Koreanisches Recht, gesammelt aus Märchen und Legenden.

Quelle nachstehender Nachrichten ist die deutsche Uebersetzung eines reizenden Buches von H. G. Arnold (angestellt am „Royal Coreum Custom“ in Fusan), das in Leipzig o. J. unter dem Titel erschienen ist: „Korea, Märchen und Legenden nebst einer Einleitung über Land und Leute, Sitten und Gebräuche Koreas“. Schon die anziehend geschriebene Einleitung von 29 Seiten enthält manche interessanten Notizen über koreanisches Recht, die aber, dem Zwecke dieser Skizze entsprechend, unberücksichtigt geblieben sind. Die Rechtsnachrichten, welche ich in den gut 100 Seiten langen Märchen und Legenden selbst gefunden, will ich im Folgenden kurz zusammenstellen.

Der Ahnencult ist wie in Ostasien überhaupt so auch in Korea der Mittelpunkt, um den sich das gesammte sittliche und Rechtsleben dreht. Die Grundlage des Ahnencults ist der Glaube, dass die Seele des Verstorbenen fortlebt [8]) und auf die Geschicke der Lebenden einzuwirken vermag. Sehr hübsch drückt diesen Gedanken ein blinder, als Prophet geltender,

---

[7]) Vgl. Weil a. a. O.

[7a]) Einleitung S. 9.

[8]) S. 78.

Bettler folgendermassen aus: „Wenn die Blüthen abfallen, so sterben sie nicht, sondern bringen in ihrem Samen neues Leben hervor. Der Tod würde dich auch nur von deinem jetzigen Leben befreien, um dich dereinst im Jenseits glücklicher und in schönerer Gestalt wieder aufleben zu lassen“ [9]). Deshalb gilt es auch als grösste Pflicht den Verstorbenen gegenüber, einen Sohn zu hinterlassen, der die Ahnenopfer verrichten kann. So heisst es von dem Helden eines dieser Märchen: „Wenn im Frühling die Vögel sich paarten, wurde er ganz missgestimmt und beklagte sein trauriges Geschick, dass mit ihm sein Name aussterben sollte, denn er war der Letzte seines Geschlechts. Er machte sich darüber besonders schwere Gedanken, dass seine Vorfahren erzürnt darüber sein würden, wenn er kinderlos stürbe; ja er fürchtete, sie im Jenseits nicht wiederzusehen, wenn er nicht einmal Jemand hinterliesse, der an seinem Grabe betete und seinem Geiste Opfer brächte“ [10]). Ein kinderloser Mann ferner glaubte, die Leute rechneten es ihm „zur Schande“ an, keine Kinder zu haben, und seine Ehefrau „schämte sich“, kinderlos zu sein [11]). Die Ermordeten rächen sich so lange durch allerhand Schabernak an den Lebenden, bis ihr Tod gesühnt ist [12]). Eben weil die Geister einen unmittelbaren Einfluss auf die Geschicke der Lebenden im Guten und im Bösen ausüben können, muss man ihnen opfern [13]). Bei allen Gelegenheiten betet man am Grabe der Vorfahren und opfert ihnen, in der Noth nimmt man seine Zuflucht zu ihnen [14]) und im Glück wall-

---

[9]) S. 80.

[10]) S. 90.

[11]) S. 114 f. Hierfür wäre allerdings auch eine physiologische Erklärung möglich. Aus dem Zusammenhalt mit den übrigen Thatsachen scheint aber hervorzugehen, dass dies mit dem Ahnencult zusammenhängt.

[12]) S. 111.

[13]) S. 48.

[14]) S. 78, 110.

fahrtet man zu ihren Gräbern, um ihnen zu danken für ihren Beistand [15]).

Wenn wir jetzt auf das Eherecht übergehen, so ist zu bemerken, dass uns in den Märchen zwei Arten von Ehen, d. h. auf die Dauer berechneten Verbindungen von Mann und Weib entgegentreten. Einmal die vollgültige Ehe, für die bestimmte Ceremonien vorgeschrieben sind, und dann die formlose, eine Ehe minderen Ranges, ein Concubinat, das an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft ist. Neben diesen auf die Dauer berechneten Ehen war vielleicht noch eine sogen. Zeitehe üblich. Gar nicht durch das Recht geregelt erscheint der übliche Geschlechtsverkehr des Mannes mit seinen Sklavinnen.

Zum Abschluss der vollgültigen Ehe waren erforderlich „die sechs öffentlichen Ceremonien", welche nach einer Bemerkung des Uebersetzers folgende waren: Elterliche Vereinbarungen, Briefwechsel, Contracte, Geschenkaustausch, vorherige Besuche und endlich die Vermählungsfeierlichkeit [16]).

Aus den Märchen selbst lernen wir nur die erste und dritte kennen. Aus verschiedenen Stellen lässt sich entnehmen, dass die Eltern die Ehe zwischen ihren Kindern vereinbarten, und dass die Kinder kein Recht hatten, sich zu weigern, mit dem von den Eltern auserkorenen Gatten oder Gattin die Ehe einzugehen, dass aber trotzdem die Eltern sich oft moralisch für verpflichtet erachteten, auf die Wünsche ihrer Kinder Rücksicht zu nehmen [17]). Ferner lässt sich feststellen, dass die dritte Ceremonie, der Ehevertrag vor einem Beamten, und zwar dem Gouverneur, abgeschlossen wurde [18]). Wir finden also Civilehe vor einem Standesbeamten.

Interessant ist, was wir über das Concubinat, eine Ehe minderer Qualität, erfahren.

---

[15]) S. 82, 100.

[16]) S. 68 f.

[17]) S. 99, 101, 113, 114.

[18]) S. 91.

Sie kann geschlossen werden, wo in Folge mangelnder Voraussetzungen, etwa in Folge mangelnder elterlicher Einwilligung, eine vollgültige Ehe nicht zu Stande kommen kann [19]. Zwar gilt es nicht für anständig, für pietätvoll, ohne Genehmigung des Vaters auch nur ein solches Verhältniss einzugehen [20], aber dennoch kommt ein Concubinat mit voller rechtlicher Wirkung auch dann zu Stande, wenn dies Concubinat ohne oder gar gegen den Willen des Vaters eingegangen wird [21]. Diese Ehe niederen Grades kommt dadurch zu Stande, dass Mann und Frau sich verpflichten, wie Eheleute mit einander zu leben. An und für sich formlos wird der Vertrag in der Regel doch schriftlich abgeschlossen, um das Bestehen eines Concubinats leichter beweisen zu können. Wir finden sogar ein solches Eheversprechen angeführt: „Ich, Toh Ryung, kam nach Kang Hal Loo, um die Gegend zu bewundern. Dort lernte ich die mir vom Himmel auserkorene Braut kennen. Ich verbinde mich ihr auf die Zeit von hundert Jahren und will ihr während dieser Zeitdauer ein treuer Gatte sein. Sollte ich jemals meine Meinung in diesem Punkte ändern, so zeige man diese Schrift der nächsten Polizeibehörde“ [22]. Man könnte vielleicht geneigt sein, dies Schriftstück für einen blossen Verlobungsvertrag und nicht für den Concubinatsvertrag selber zu halten; aus den weiter oben angeführten Belegstellen geht aber hervor, dass hiermit das Concubinat selber geschlossen war. Möglich ist allerdings doch, dass wir hier ein Heirathsversprechen, also eine Verlobung, und nicht die Eheschliessung selber vor uns haben. Nämlich zwar nicht ein Versprechen auf Eingehung eines Concubinats — denn dass dieses unmittelbar nach Abschluss des Vertrages schon bestand, steht ja fest — aber auf Schliessung einer vollgültigen Ehe. Es war nämlich zulässig,

---

[19]) S. 68 f.

[20]) S. 69, 105.

[21]) S. 70, 73, 78, 85, 105.

[22]) S. 69.

ein Concubinat durch Nachholung der erforderlichen Ceremonien in eine Vollehe zu verwandeln, und Toh Ryung that dies auch später[23]). Trotzdem scheint unsere Anfangs ausgesprochene Auffassung, dass wir hier lediglich einen schriftlich abgeschlossenen Concubinatsvertrag vor uns haben, die richtige zu sein, da es andernfalls kaum verständlich wäre, dass sich Toh Ryung nur auf hundert Jahre verpflichtet, während dies für das Concubinat sehr gut passt, da die Concubine im Gegensatz zur Gattin nur im Diesseits Genossin des Mannes ist, andererseits aber auch das Concubinat im Gegensatz zur Zeitehe sich auf die ganze Lebenszeit erstreckt[24]).

Dass elterliche Einwilligung zum Abschluss einer Vollehe erforderlich war, ist schon oben ausgeführt. Speciell ausgesprochen ist dieser Grundsatz noch für die Ehe eines Edelmanns mit einer Tänzerin[25]). Aus einer anderen Stelle scheint aber hervorzugehen, dass diese Einwilligung nicht mehr erforderlich war, wenn der Sohn zu Rang und Würden gekommen war[26]). Doch will diese Stelle möglicherweise nur besagen, dass der Mann erst etwas Tüchtiges werden soll, bevor er seine Eltern um ihre Einwilligung zur Ehe mit der Tänzerin bittet. Dass eine Ehe eines Edelmanns mit einer Tänzerin ungewöhnlich war[27]), kann uns kaum Wunder nehmen.

Wie es scheint, kamen Verlobungen zwischen Kindern im Alter von ungefähr 10 bis 14 Jahren vor[28]). Dass die Verlobungen in der Regel schriftlich abgeschlossen wurden, lässt sich auch feststellen[29]), wofür eventuell auch

[23]) S. 75, 91.
[24]) Hundert Jahre stellen das Maximum menschlichen Alters dar.
[25]) S. 68.
[26]) S. 75.
[27]) S. 76.
[28]) S. 98, 99.
[29]) S. 98.

der oben besprochene Contract spricht[30]). Näheres über die Verlobungen, insbesondere die interessanten Kinderverlobungen, lässt sich leider nicht feststellen.

Ebenso wie die Kinder die Einwilligung ihrer Eltern zu einer vollgültigen Ehe haben müssen, gerade so müssen die Beamten — oder doch wenigstens die Hofbeamten — die Einwilligung des Königs haben[31]); und ebenso wie die Kinder von ihren Eltern selbst gegen ihren Willen verheirathet werden können, ebenso kann der König seinen Beamten befehlen, einen Sohn oder eine Tochter einem Anderen, vom König benannten, zu verheirathen[32]). Eine Weigerung des Vaters hat aber nur zur Folge, dass er in Ungnade fällt und vermuthlich vom König auch sonst gestraft wird; nicht dagegen kann der König gewissermassen als Stellvertreter des Vaters von sich aus die Ehe abschliessen.

Die Frage der Ehe auf Zeit ist schon oben kurz gestreift worden. In dem oben analysirten Ehe- (oder Verlobungs-) Contract befindet sich der Passus, dass sich der Mann mit der Frau auf hundert Jahre verbindet. Wenngleich bei dieser Zeitbestimmung dies factisch dasselbe ist, wie für das ganze Leben, so ist doch beachtenswerth, dass in dieser Formulirung der Gedanke zu Tage tritt, dass die Ehe oder vielmehr wenigstens die niedrigere Art derselben, das Concubinat, einer zeitlichen Einschränkung überhaupt fähig ist. Es liegt die Vermuthung nahe, dass es vom Recht anerkannte Geschlechtsverbindungen nicht nur auf hundert Jahre gab, sondern auch auf zwanzig, zehn, ein Jahr oder gar auf noch kürzere Zeit. Ob diese Vermuthung zutreffend ist, müssen wir dahingestellt sein lassen[33]).

Bis jetzt haben wir mit Sicherheit nur festgestellt, dass

---

[30]) S. 69.

[31]) S. 92.

[32]) S. 127.

[33]) [Wesentlich ist aber auch, dass die Ehe nicht für das Jenseits, wenigstens nicht über die betreffenden Jahre hinaus gelten soll. Kohler.]

es Ehen zweierlei Grades gab, aber noch nicht, dass ein Mann gleichzeitig in mehreren rechtmässigen Ehen leben konnte. Aber auch dies lässt sich nachweisen. Das Resultat, das wir gewinnen, ist das folgende: Monogamie bestand insofern, als der Mann nur eine rechtmässige (vollgültige) Gattin haben konnte; Polygamie insofern, als er neben der Hauptfrau noch so viele Nebenfrauen (Concubinen) haben konnte, wie er wollte, oder vielmehr so viel, wie er sich leisten konnte; ausserdem konnte er mit den Sklavinnen geschlechtlichen Verkehr pflegen, ohne dass die Frau irgendwie Einspruch erheben konnte. Die Regel scheint gewesen zu sein, dass ein Jeglicher, der irgend den nöthigen Mammon hatte, sich neben einer rechtmässigen Frau noch eine Reihe Concubinen zulegte und mit Sklavinnen, die er zu Concubinen erheben konnte, Umgang pflog[34]), so dass jedenfalls factisch Polygamie bestand — wie vielfach auch bei uns —, aber auch Polygamie im Rechtssinne, da die Concubinen zwar der Hauptfrau gegenüber eine untergeordnete Stellung einnahmen, aber doch immerhin als rechtmässige Frauen anerkannt waren[35]).

Eine factisch vollkommen monogamische Ehe wird nur selten erwähnt[36]). In dem einen dieser Märchen hat der tugendsame Held nicht etwa deswegen nur eine Gattin, weil er, oder vielmehr der Dichter, es für sittlich gehalten hätte, keine Concubine zu haben, sondern weil er zu arm war, um sich diesen Luxus gestatten zu können. Am Schlusse der Erzählung bekommt er zur Belohnung für seine guten Werke unter anderen schönen Sachen auch eine gar wunderliebliche Concubine, worüber er sich ganz besonders freute. Seine Frau war zwar wenig erbaut von dieser Himmelsgabe, wurde aber, als sie ihrem Unwillen Worte verlieh, von ihrem Ehegespons zornig angehaucht, sie solle sich in ihre Frauen-

---

[34]) S. 34, 42 f., 128, 130, 131, 133.
[35]) [Wie im chinesischen Recht. Kohler.]
[36]) S. 34, 93 ff., anscheinend auch S. 113 ff.

gemächer scheren und werde in ein alleinstehendes Haus eingeschlossen werden, wenn sie noch einmal der Concubine gegenüber ein so unfreundliches Benehmen an den Tag lege. Das schöne Mädchen führte unser glücklicher Held dann freudestrahlend in die für dasselbe hergerichteten Gemächer[37]. Eher findet sich wenigstens der Ansatz zu einer ethischen Würdigung der Monogamie in einem anderen Märchen[38]. Im Allgemeinen aber fand man nicht das geringste Unmoralische darin, neben einer Hauptfrau noch zahlreiche Concubinen zu haben, — wenigstens die Männer. Die Frauen suchten allerdings, wie obiges Beispiel zeigt, manchmal gegen die aufgezwungene Genossin zu protestiren, wurden aber von dem Haustyrannen bald wieder, nicht gerade durch gütliches Zureden, zur Raison gebracht.

Mit dieser gesetzlichen und ethischen Zulässigkeit des Concubinats stand in schroffem Widerspruch die gesetzliche Zurücksetzung der Concubinenkinder, und hiergegen zieht unser Dichter, der auch in diesem Punkte aller Wahrscheinlichkeit nach nur ein Sprachrohr der Empfindungen, Gefühle und Gedanken des Volks ist, heftig zu Felde. Eines unserer Märchen ist geradezu eine Tendenzschrift zu Gunsten der Concubinenkinder, oder wie wir bei einer Anwendung auf unsere Verhältnisse sagen würden, zu Gunsten der unehelichen Kinder. Kil Tong, der Held dieses Märchens, war der Sohn einer Concubine. „Als er heranwuchs, ärgerte er sich sehr darüber, dass ihm sein Platz bei der Dienerschaft angewiesen wurde und er nicht die Erlaubniss hatte, seine Eltern bei dem Namen zu nennen. Die anderen Söhne seines Vaters lachten ihn aus und verspotteten ihn, so dass sein Leben ihm sehr unglücklich erschien“[39]. Er „dachte über die Ungerechtigkeit nach, die den Vätern gesetzlich erlaubt, sich Concubinen zu halten, da-

---

[37]) S. 34, 42 f.
[38]) S. 93 ff.
[39]) S. 129.

gegen den Kindern, welche ihnen diese schenkten, die Rechte verwehrten, welche die der ersten Gattin besassen"[40]). Und als er sein Vaterhaus heimlich verlassen hatte, freute er sich, „dass er fern von den Menschen und ihren ungerechten Gesetzen" war[41]). Selbstverständlich waren die Söhne der Concubinen auch im öffentlichen Leben zurückgesetzt. Sie konnten keine Beamten werden[42]). Der Makel der Geburt konnte augenscheinlich nicht vom Vater von ihnen genommen werden, da sonst Kil Tong's Vater dies sicher gethan hätte, da er gerade diesen Sohn sehr liebte. Dagegen hatte der König das Recht, den Flecken ihrer Geburt auszutilgen[43]). Also gewissermassen eine legitimatio per rescriptum principis.

Wenn wir nun zur Stellung der Ehefrau gegenüber ihrem Gatten eingehen, so ist zu bemerken, dass die Frau bei ihrer Heirath Rang und Stand des Mannes erhielt, aber anscheinend und vermuthlich nur die Hauptfrau, nicht die Concubinen[44]). Wir finden Beispiele von sehr glücklichen Ehen[45]), die sonderbarerweise identisch sind mit denjenigen Fällen, in welchen die Ehe factisch rein monogamisch ist. Dies ist, glaube ich, kein Zufall. Wir finden, dass gerade durch die Concubinenwirthschaft die ehelichen Zwiste in den weitaus meisten Fällen hervorgerufen wurden[46]). Es ist dies ja auch kein Wunder. Dadurch, dass der Fabeldichter die factische Monogamie zwar nicht empfiehlt, aber sie doch als verlockend darstellt, macht er, wenn auch nicht aus ethischen Erwägungen heraus, so doch aus Nützlichkeitsrücksichten, doch Propaganda für eine factische Monogamie. In der chinesischen Literatur dagegen findet man nach E. Faber's Urtheil nur äusserst

---

[40]) S. 132.
[41]) S. 133.
[42]) S. 129.
[43]) S. 141.
[44]) S. 76.
[45]) S. 34, 93 f., 114 ff.
[46]) S. 34, 128 ff.; vgl. auch S. 42 f.

wenige Stellen, welche gegen das Unmoralische der Vielweiberei gebraucht werden könnten[47]).

In Bezug auf die Ehescheidung findet sich in den Märchen nur eine einzige Stelle. Ein in glücklichster Ehe lebendes Ehepaar hatte viele Jahre lang keine Kinder. Die treue Gattin riet selber ihrem Mann, sich von ihr scheiden zu lassen und eine andere Frau zu nehmen[48]). Hieraus geht also hervor, dass eine Trennung der Ehe auf Grund beiderseitiger Einwilligung möglich war, dass also das Bestehenbleiben der Ehe, trotzdem sie vor einem staatlichen Standesbeamten geschlossen werden musste, doch von der Willkür der beiden Contrahenten abhängig war. Auch ist interessant, dass wohl der Hauptanlass zur Ehescheidung die Kinderlosigkeit der Frau war, was wiederum mit dem Ahnencult zusammenhängt[49]). Der Verkehr mit Concubinen nützte nichts, da die mit jenen erzeugten Söhne nicht für voll galten. Andererseits konnte jeder nur eine rechtmässige Gattin haben, musste sich also von ihr erst scheiden lassen, wenn er eine neue Ehe eingehen wollte, um Kinder zu bekommen. Wenngleich in dem oben citirten Falle die Scheidung — wenn sie wirklich erfolgt wäre — auf beiden Seiten eine freiwillige gewesen wäre, so ist damit doch noch nicht gesagt, dass nicht der Mann bei Unfruchtbarkeit der Frau das Recht gehabt hätte, sie auch gegen ihren Willen zu verstossen. Vielmehr möchte ich dies in Folge des Ahnencults gerade als wirkliche Rechtssatzung vermuthen.

Die väterliche Gewalt, wenigstens über die Kinder von Sklavinnen, scheint bis zum Tödtungsrecht gegangen zu sein[50]). Allerdings kann es zweifelhaft sein, ob man hier mit Fug und Recht von „väterlicher Gewalt“ sprechen kann, ob

---

[47]) E. Faber, Eine Staatslehre auf ethischer Grundlage oder Lehrbegriff des chinesischen Philosophen Mencius (Elberfeld 1877), S. 152.

[48]) S. 94.

[49]) Vgl. oben und S. 94.

[50]) S. 131.

nicht vielmehr die Kinder von Sklavinnen selbst dann als Sklaven galten, wenn sie von einem freien Vater, ja selbst dem Eigenthümer der Sklavin erzeugt worden waren, ob wir es also nicht mit patria potestas, sondern mit dominica potestas zu thun haben.

Gleichfalls mit dem Ahnencult und der patriarchalischen Grundlage hängt zusammen, dass Ehrfurcht vor dem Alter gerade so wie in China als eine der Hauptpflichten gilt. Bei der Examensarbeit, die der Held der einen Erzählung anfertigt, fand der König und sein Minister ganz besonderen Gefallen an der Ausarbeitung deshalb, weil er dem Alter in dieser Arbeit die höchste Ehrerbietung erwies[51]). Derselbe Held war Regierungsinspector geworden und bereiste in der Verkleidung eines Bettlers seinen Bezirk. Eines Tages traf er einen Greis vor seiner Hütte sitzen und begrüsste ihn. Der Alte nahm jedoch keine Notiz davon. Er wiederholte seinen Gruss, worauf ihn der Greis vom Kopf bis zu den Füssen betrachtete und sagte: „Alter zählt nicht viel im Staatsdienst, sondern nur Rang und Würde; ein weisshaariger Greis kann gezwungen werden, sich vor einem jungen Fant zu beugen, der sein Vorgesetzter sein kann. Hier gilt das nicht, hier wird das Alter geehrt, und wie kannst du, elender Wicht, es wagen, mich anzusprechen?“ Der verkleidete Regierungsinspector bat daraufhin den Greis um Verzeihung[52]).

Dass Adoption bekannt war, lässt sich ohne Weiteres in Folge des Ahnencults annehmen; in den Märchen ist nur einmal flüchtig von ihr die Rede: Ein erwachsenes Mädchen, eine Waise, wird vom König adoptirt[53]).

Dass es eine gesetzliche Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern gab, muss als unwahrscheinlich erachtet werden. Aber eine moralische Unterhaltspflicht bestand[54]),

---

51) S. 81.

52) S. 85.

53) S. 112.

54) S. 37.

und zwar in weitgehendem Maasse: Nämlich nicht nur in dem Sinne der Unterstützungspflicht bei Bedürftigkeit des Bruders, sondern auch in der Weise, dass ein Bruder als verpflichtet galt, erworbene Reichthümer mit seinen Geschwistern zu theilen, selbst wenn diese selber durchaus vermögend sein sollten [55]). Dies ist wohl eine Erinnerung an die Hausgenossenschaft früherer Zeiten, in der alles Hab und Gut ohne Weiteres allen Brüdern gemeinsam war.

Das Erbrecht steht natürlich in inniger Verknüpfung mit dem Familienrecht. Die Regel soll sein, dass sich die Söhne in den Nachlass des Vaters theilen [56]). Die alte Hausgemeinschaft besteht also jedenfalls nicht mehr. Wenngleich die Erbportionen der Brüder gleich sein sollen, kommt es doch vor, dass der eine den grössten Theil des Nachlasses an sich reisst. Der betrogene Bruder scheint dann keinen klagbaren Anspruch zu haben [57]), doch muss dies als sehr zweifelhaft erachtet werden. Von Erbeinsetzungen durch ein Testament erfahren wir nichts; dagegen ist einmal davon die Rede, dass der Vater seinen Sohn enterben kann, und zwar speciell, wenn der Sohn ohne Willen des Vaters eine nicht standesgemässe Ehe eingegangen ist [58]).

Ueber die Gliederung des Volkes erhalten wir nur unvollständige Aufklärung. Drei Stände werden erwähnt: Edelleute, Tänzerinnen und Leibeigene. Dazwischen liegt die Masse des Volks.

Die Edelleute — Yang-Ban genannt — bildeten natürlich die bevorrechtigte Classe. Ihre Würde suchten sie — ähnlich den näselnden Lieutenants unserer Witzblätter — auch äusserlich zu markiren, indem sie beim Gehen „immer dieselben langsam schwingenden Bewegungen mit ihren Extremi-

---

[55]) S. 43.

[56]) S. 34.

[57]) S. 34.

[58]) S. 70.

täten“ machten [59]). Die Beamten (vermuthlich nur die höheren) rekrutirten sich aus dieser Classe. Aber nur eheliche Geburt von der Hauptfrau gab eine Anwartschaft darauf, Beamter zu werden. Der Sohn eines Edelmanns mit einer Concubine oder Sklavin war wohl fähig Soldat, aber nicht Beamter zu werden [60]).

Die öffentlichen Tänzerinnen nahmen eine sehr niedrige Stellung ein. Sie lassen sich mit unseren öffentlichen Dirnen vergleichen. Sie wurden der Controlle halber in einer besonderen Liste geführt [61]). Ohne Erlaubniss dürfen sie die Wohnung eines Edelmanns nicht betreten [62]), werden sie aber gerufen, so sind sie verpflichtet zu erscheinen [63]). Ein Edelmann kann allerdings eine öffentliche Tänzerin zu seiner rechtmässigen Frau erheben, doch wird sie dann selbstverständlich aus der Liste gelöscht [64]). Dass connubium zwischen Edelleuten und öffentlichen Tänzerinnen besteht, könnte bei dem grossen Unterschied der socialen Stellung beider auffallend erscheinen; man könnte glauben, dies sei eine Erfindung des Dichters, wie auch in unseren Märchen ein Prinz ein armes Mädchen geringer Herkunft heirathet oder ein einfacher Bauernsohn eine Prinzessin zum Traualtar führt. Und doch entspricht die obige Thatsache mit grösster Wahrscheinlichkeit der Wirklichkeit, da es im ganzen Orient noch heutzutage den Begriff der Mesalliance in unserem Sinne kaum giebt. Selbst Könige reihen Mädchen aus den niedrigsten Volksschichten ihrem Harem ein, was wieder zurückzuführen sein wird auf die geringe Bewerthung des Weibes überhaupt: Die Frau ist nicht gleichberechtigte Genossin des Mannes, sondern nur ein Werkzeug zu seinem Vergnügen und zur Erzeugung von Kindern. Die öffentlichen Tänzerinnen werden schon als

---

[59]) S. 113.
[60]) S. 129.
[61]) S. 73.
[62]) S. 67.
[63]) S. 77.
[64]) S. 73.

solche geboren[65]), d. h. wohl, alle Töchter einer öffentlichen Tänzerin müssen — rechtlich oder thatsächlich gezwungen — wieder Tänzerinnen werden.

Die Leibeigenschaft wird nur kurz erwähnt. Wir erfahren, dass es Leibeigene gab, die selbständig wohnten, aber ihrem Herrn Tribut zahlen mussten[66]). Darnach erscheint es zweifelhaft, ob der vom Uebersetzer gewählte Ausdruck „Leibeigene“ geeignet ist, die Stellung dieser Leute zutreffend juristisch zu charakterisiren, und ob es sich nicht vielmehr um zinspflichtige Hintersassen oder Aehnliches handelt.

Ueber das koreanische Vermögensrecht können wir den Märchen nur geringe Andeutungen entnehmen.

In Bezug auf die Form der Rechtsgeschäfte erfahren wir, dass für die Contracte, wenigstens für die wichtigeren, Schriftform vorgeschrieben oder doch üblich war, und dass den Vertragsurkunden auch ein Siegel angehängt wurde[67]).

Es kommt vor ein Schuldversprechen mit Verpfändung des gesammten Vermögens. Es ist davon die Rede, dass Jemand „Schuldverschreibungen auf sein ganzes bewegliches und unbewegliches Besitzthum“ ausstellt[68]). Der Zusammenhang ergiebt, dass damit nicht etwa gemeint ist, dass er sein ganzes Vermögen einem Anderen übereignen soll, sondern dass er sich nur für eine bestimmte Summe verpflichten will, während er augenscheinlich zur Sicherheit des Gläubigers gleichzeitig sein ganzes Vermögen verpfändet. Auch dieser Contract ist schriftlich.

Von einer Verpfändung beweglicher Sachen ist noch an einer anderen Stelle die Rede. Der Schuldner kann — wie selbstverständlich — gegen Zahlung seiner Schuld Rückgabe der verpfändeten Gegenstände verlangen[69]).

---

[65]) S. 77.

[66]) S. 49.

[67]) S. 135. [Wie im chinesischen Recht. Kohler.]

[68]) S. 49.

[69]) S. 37.

Auch ein einseitiges Schuldversprechen kommt vor. Es handelt sich um das schriftliche Versprechen, eine Quantität Reis zu opfern [70]). Es handelt sich in vorliegendem Falle nicht um ein abstractes Schuldversprechen. Dagegen scheint dies religiöse Gelübde — entsprechend dem Votum des römischen Rechts — an und für sich bindend gewesen zu sein, d. h. ein klagbares Schuldverhältniss entstand schon durch den einseitigen Willensact des Gelobenden, ohne dass es einer Annahme dieser Verpflichtung durch den Repräsentanten des Tempels bedurfte.

Ausser dem Gelübde zu Gunsten eines Tempels scheint, gerade wie in Rom, auch die Auslobung einseitig bindend gewesen zu sein. Ein reicher Mann, dem von den halbwilden Gebirgsstämmen seine Tochter geraubt war, sicherte demjenigen eine hohe Belohnung zu, der seine Tochter wiederbrächte [71]). Aus dem ganzen Zusammenhang geht hervor, dass dies als verbindliches Versprechen aufgefasst wurde.

Weit ausführlichere Nachrichten als über das Vermögensrecht erhalten wir über das Strafrecht.

Gefängnissstrafe und Gefängnisswesen scheinen ziemlich weit schon ausgebaut zu sein. An der Spitze des Gefängnisses steht ein „Oberaufseher“, besser wohl Inspector zu nennen [72]). Ohne nähere Angaben wird die Gefängnissstrafe des öfteren erwähnt [73]). An einer Stelle ist gesagt, dass die Gefangenen zur Verschärfung der Haft angekettet werden [74]). Der Gefängnisswärter hat eine ziemlich grosse thatsächliche Macht, ist er den Gefangenen günstig gesinnt, so kann er ihnen die Haft bedeutend erleichtern [75]). Die Ketten, mit denen die Gefangenen gefesselt wurden, waren an einem Eisenring be-

[70]) S. 117.
[71]) S. 143.
[72]) S. 138.
[73]) S. 38, 109, 111.
[74]) S. 77.
[75]) S. 78.

festigt, der ihren Hals umschloss. Die Gefangenen waren so kurz angekettet, dass sie sich nicht einmal erheben konnten. Dass der Halsring besonders an der Mauer befestigt war, und die Glieder ausserdem noch mit Ketten belastet waren, lässt sich daraus entnehmen, dass ein Gefangener sagte: „Lass die Leute den Ring von meinem Halse und die Ketten von meinen Gliedern abnehmen, dass ich zu dir kommen kann“ [76]). Die Gefangenen sind vollständig isolirt. Die Nahrung wird ihnen durch ein kleines Fensterchen gereicht [77]).

Prügelstrafe wird einmal erwähnt. Ein fälschlich angeklagter reicher Mann soll öffentlich durchgeprügelt werden, wenn er nicht dem Polizeihauptmann eine grosse Summe zahlt. Der Held des Märchens bietet sich dem Gefangenen gegen Zahlung eines Schmerzensgeldes von 3000 Cash als Ersatzmann an und erhält auch seine Prügel. Dann wird aber die Unterschiebung entdeckt und der reiche Mann erhält seine Prügel gewissenhaft noch nachträglich aufgezählt [78]).

Todesstrafe tritt uns zweimal entgegen, und zwar Hinrichtung durchs Schwert. Die Hinrichtung ist öffentlich [79]), das Blut des Enthaupteten wird in alle vier Windrichtungen gesprengt, um die Geister der Erschlagenen zu beruhigen [80]). Mit der Todesstrafe ist Vermögensconfiscation verbunden [81]).

Interessant ist, dass das Verschuldungsprinzip noch nicht ganz durchgedrungen ist, dass sich vielmehr Haftung für Delicte Dritter findet. Ein Vater wird ins Gefängniss geworfen, weil sein Sohn des Hochverrathes beschuldigt wird [82]). Der Sohn eines Hochverräthers wird zusammen mit seinem

[76]) S. 87.
[77]) S. 87.
[78]) S. 37 f.
[79]) S. 111.
[80]) S. 111.
[81]) S. 112.
[82]) S. 109.

allein schuldigen Vater hingerichtet[83]. In einem anderen Märchen suchen die Gattin und die Concubine eines Mannes diesen zu bestimmen, seinen Sohn von einer Sklavin zu tödten, „denn,“ sagen sie, „der Knabe wird, wenn er erwachsen ist, viel Unheil anrichten und der König wird dich, den Vater, dafür verantwortlich machen“ [84]. Hier ist die Haftung der Familie für die Verbrechen ihrer Angehörigen also als Princip ausgesprochen; diese Haftung trat also nicht nur bei Hochverrath ein[85].

Bedeutend anschaulicher ist das Bild, das wir von der Landesverwaltung bekommen. Erfreulich ist das Bild allerdings nicht. Die Beamtencorruption, die im ganzen Orient heutzutage noch nicht ausgerottet ist, wird mit lebhaften Farben geschildert. Nur selten vernehmen wir das Lob guter Beamten. So heisst es von einem solchen: „Er lebte ganz seinem Berufe und versuchte es, seinen Unterthanen ihr Loos zu verbessern. Niemals hatte der an den König abzugebende Tribut solche Summen erreicht, wie unter seiner Statthalterschaft, und doch wurden die Leute nicht so bedrückt wie in jenen Zeiten, wo der Tribut kaum zur Hälfte die Speicher des Königs füllte[86])[87], und weiter „mit grossem Unbehagen sah er auf die Schlechtigkeit der meisten seiner Collegen und beschloss um die Erlaubniss einzukommen, sich vom öffentlichen Leben zurückziehen zu dürfen, damit er den Rest seines Lebens auf dem Lande zubringen könne“ [88]. Im Gegensatz hierzu sind die Stellen der Märchen, die sich gegen die Verderbtheit der Beamten richten, fast zahllos. Wie wir schon aus dem letzten Citat entnehmen können, war die grosse

---

[83]) S. 111.

[84]) S. 131.

[85]) [Wie im chinesischen Recht. Kohler.]

[86]) Die Steuern bestanden also in Naturalabgaben. Vergl. Einleitung S. 5.

[87]) S. 93.

[88]) S. 93.

Mehrzahl der Beamten höchst unehrenhaft. Gewaltthätigkeiten und Erpressungen von Seiten ungetreuer Beamten scheinen an der Tagesordnung gewesen zu sein. Von einem solchen Präfecten sprach ein Greis Folgendes: „Vom Präfecten wissen wir wenig, er kümmert sich nicht um uns, und die einzige Sorge des Volkes ist es, ihm aus dem Wege zu gehen, denn sein Herz ist hart wie Stein. Er erpresst Geld und Reis auf die ungerechteste Weise und verprasst es mit seinesgleichen“ [89]). Und von einem anderen Präfecten, der „ein schlechter Mensch und noch schlechterer Beamter“ war, ein liederliches Leben führte und sich um das Wohlergehen seiner Unterthanen wenig kümmerte, erfahren wir, dass er diejenigen, die seinen ungerechten Wünschen Widerstand zu leisten wagten, unbarmherzig ins Gefängniss werfen liess [90]). Eines seiner Opfer sagte ihm: „Du, als erster Diener des Königs, solltest der erste sein, welcher die Gesetze hält, statt sie zu missachten“ [91]). Sehr hübsch ist die ethische Richtung der Märchen gegen die Beamtencorruption ausgedrückt in dem Satz: „Das Oel, mit welchem der Beamte seine Nahrung würzt, ist nichts anderes als das Lebensblut der armen Unterdrückten, deren Thränen dem betrügerischen Beamten so viel gelten als die fallenden Tropfen einer Kerze“ [92]). Häufig hören wir von Erpressungen der Beamten [93]), wir hören, dass die reichen Leute ihr Geschäft ganz klein und in der Stille zu betreiben pflegten, um nicht die Habgier diebischer Beamten zu erwecken [94]). Und dass Beamter und Erpresser fast identische Begriffe in der Volksanschauung sind, geht aus einem Märchen hervor, wo ein gewisser Nahl Bo eine Anzahl Polizeidiener, gefolgt von einem höheren Beamten, auf sich zukommen sieht: „Der halb-

[89]) S. 84.
[90]) S. 77 ff.
[91]) S. 77.
[92]) S. 89.
[93]) S. 84, 82 f., 135, 137.
[94]) S. 55.

todte Nahl Bo wollte sich durch schnelle Flucht vor den Männern des Gesetzes retten, denn er ahnte wohl, dass diese Leute eine Unmasse Geldes von ihm erpressen würden"[95]). Wie wir sehen, ist die Klage über die Beamtenmisswirthschaft ein stets und ständig wiederkehrender Grundton der Märchen. Nur in der ersten, kleinen, nur drei Seiten langen Fabel findet sich nichts darüber; aber diese Fabel enthält auch sonst nichts für die Erkenntniss der gesellschaftlichen Zustände, da sie eine reine Thierfabel mit moralischer Tendenz ist. In allen übrigen Märchen und Legenden aber, welche rechtspolitische Tendenzen verfolgen, begegnen wir Schilderungen der Beamtenmisswirthschaft.

In innigstem Zusammenhang hiermit steht das Räuberunwesen, das in voller Blüthe zu stehen scheint[95a]). Wie im Mittelalter in ganz Europa und in Italien, den Balkanländern und anderwärts noch heutzutage, erscheint dem Volke der Räuber als der Held, der den Bedrängten gegen den Mächtigen schützt. Man könnte glauben, eine jener romantischen, halb legendenhaften Banditengestalten der Abruzzen zu hören, wenn ein solcher Räuber sagt: „Man nennt uns Diebe, aber wir nehmen nur den Beamten, welche das Volk durch ungerechte Erpressungen quälen, das Geld wieder ab. Wir sind stets bereit, den Armen und Unterdrückten zu helfen"[96]).

Im edlen Wettstreit mit den Beamten betheiligten sich die Priester an der Aussaugung des Volkes, wie so oft, auch ausserhalb Koreas. Der Buddhismus scheint hier ganz entartet zu sein. „Diese Tempel sind gewöhnlich nichts weiter als eine Art Vergnügungsort der vornehmen Beamten, wohin diese sich zu Zeiten begeben, um zügellosen Schlemmereien zu fröhnen." „Sie erlauben den Priestern, das Volk mit unaufhörlichen Erpressungen zu quälen, bis jene dadurch sehr

---

[95]) S. 49.

[95a]) Vgl. Einleitung S. 17.

[96]) S. 134; vgl. auch S. 137.

reich geworden"[97]). Im Folgenden wird nun verherrlicht, wie der Held dieser Erzählung den Priestern diese „unehrlich erworbenen"[98]) Reichthümer wieder abnimmt, und erwähnt, dass das Volk sich „über die Bestrafung der Priester aus dem Buddhatempel" sehr gefreut habe[99]).

Im engen Zusammenhang mit diesen Zuständen steht das Amt des Regierungsinspectors[99a]), des Ussa, dessen Functionen an die der missi Karls des Grossen lebhaft erinnern. Charakteristisch ist die Antwort, die Toh Ryung, der uns schon bekannte Held des einen Märchens, gab, als er nach ganz hervorragend gut bestandenem Staatsexamen vom König gefragt wurde, welche Stellung er wohl haben möchte. Er erwiderte nämlich, „dass er sich in jeder Stellung freuen würde, seinem Könige zu dienen, wenn es ihm aber erlaubt wäre, darum zu bitten, so bäte er um die Stellung eines Ussa (eines Regierungsinspectors), denn, meinte er, die Ernten seien so gut ausgefallen, dass er befürchte, schlechte Beamte würden sich das zu Nutze machen, um dem Volk hohen Tribut zu erpressen, welchen sie dann durchbrächten, ohne ihn dem König abzuliefern"[100]). Dem Ussa liegt ob, die schlechten Beamten zu entlarven und die Stimmung des Volkes zu ergründen[101]). Um seine Aufgabe erfüllen zu können, bleibt seine Ernennung zunächst geheim. Der Ussa verkleidet sich meistens, so als Bettler, und beginnt alsdann seine Inspectionsreise[102]). Von dem eben erwähnten Toh Ryung heisst es: „An seinem Anzuge war keine saubere Stelle zu sehen, sein Gesicht war beschmutzt, so dass er einem wirklichen Bettler aufs Haar glich"[103]). Um sich legitimiren zu können, erhält

---

[97]) S. 135.

[98]) S. 135.

[99]) S. 137.

[99a]) Vgl. Einleitung S. 4.

[100]) S. 82 f.

[101]) S. 100.

[102]) S. 83 f.

[103]) S. 83.

der Ussa vom König ein mit dem gehörigen Siegel versehenes Patent ausgehändigt[104]). Hat der Ussa einen der ungetreuen Beamten entlarvt, so tritt er ihm überraschend in seiner vollen Würde gegenüber, schickt den ungetreuen Staatsdiener unter sicherem Geleit nach der Hauptstadt zur Bestrafung und unterwirft alle schwebenden Amtshandlungen und Geschäfte einer eingehenden Prüfung[105]). Dieses Institut muss sehr günstig wirken und ist zusammen mit dem — Räuberunwesen sicherlich eine Einrichtung, die das Land vor völliger Versumpfung bewahrt. Aber selbstverständlich kann der Regierungsinspector nur dann werthvolle Dienste leisten, wenn er selber ein Mann von makellosem Charakter ist und nicht etwa, wie es leicht möglich ist, mit den ungetreuen Beamten, die er inspiciren soll, gemeinsame Sache macht. Daher kann es uns schwerlich Wunder nehmen, wenn es scheint, dass es dem König oft schwer fällt, geeignete Persönlichkeiten für diesen Vertrauensposten zu finden[106]).

Dies sind die Rechtsmaterialien, die wir meines Erachtens jenen koreanischen Märchen entnehmen können. Ist das Material naturgemäss auch sehr lückenvoll, so bietet es uns doch manchen — namentlich vom psychologischen und culturgeschichtlichen Standpunkt aus — sehr interessanten Einblick in das Rechtsleben.

Diese Materialiensammlungen werden demnächst fortgesetzt werden, zunächst mit Skizzen über arabisches, japanisches und indisches Recht.

---

[104]) S. 83.
[105]) S. 90.
[106]) S. 83.

IX.

Zum Islamrecht.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Unter dem Titel „Muhammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre“ bietet Sachau eine Uebersetzung (auch den Urtext) von 7 Capiteln des bekannten kurzen Lehrbuchs des Abu Schodja (das aus 16 Capiteln besteht), sodann eine Uebersetzung des Commentars von Badjuri. Wir sind sehr dankbar für diese Belehrung und erkennen an, dass damit ein längst ausgesprochener Wunsch in Erfüllung gegangen ist, nämlich, dass grössere juristische Werke der arabischen Commentarliteratur uns zugänglich gemacht werden. Behandelt werden Ehe, Freilassung, Erbrecht, Sachen- und Obligationenrecht, Gericht und Gerichtsverfahren und das Strafrecht.

Allerdings lässt sich das Bedenken nicht unterdrücken, dass der Verfasser zu ausschliesslich als Philologe gearbeitet und zu wenig juristischen Beirath zugezogen hat. So kommt es, dass die Ausdrucksweise in manchem ungenau, ja juristisch unrichtig ist. Es ist unrichtig, Hawala (Anweisung) mit Cession, Kirad (Commenda) mit Commanditgesellschaft wiederzugeben, und in einer Reihe von Fällen sind juristische Ausdrücke in uneigentlichem Gebrauch, was sonst im Leben, aber nicht in juristischen Werken statthaft ist, z. B. das Wort

„Nutzniessung“ (S. 107, 133); ebenso steht öfters Besitz statt Eigenthum (S. 125, 127, 161, 327, 364), Miethe statt Pacht (S. 535). Andere Ausdrücke sind wenig passend gewählt, so Brautanwalt für Mundwalt, Immunisirungsfrist statt Wartefrist, Muttersklavin und Anderes.

Ueber diese sehr verdienstvolle Arbeit hat Snouck Hurgronje in der Zeitschrift der Morgenländischen Gesellschaft 53, S. 125 f. in seiner Weise einige ziemlich herbe Kritiken ergehen lassen. Es muss nun Snouck Hurgronje zugegeben werden, dass er jedenfalls ein genauer Kenner der Sprache und der juristischen Specialliteratur des Islam ist, und insofern bieten seine Darstellungen immer etwas Belehrendes. Dagegen fehlt ihm vollständig der grosse Blick, welcher die Einzelculturen mit dem Ganzen verbindet, und vor Allem die juristische Universalbildung, welche es allein ermöglicht, im Einzelrechte die richtigen juristischen Züge zu entdecken. Wie er seinerzeit mir gegenüber behauptete, dass die Technik des Rechts bei jeder Jurisprudenz eine besondere sei, und wie er und Goldziher auf Grund einer völlig unjuristischen und ungeschichtlichen Betrachtungsweise die Ansicht aufgestellt haben, dass der islamitische Fickh nur ein Idealrecht darstelle, welches niemals zur Geltung kam oder jedenfalls nicht mehr in Geltung sei, ergiebt sich aus meinen Entgegnungen in dieser Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft und im Rechtsgeleerd Magazijn. Was er aber gegen Sachau vorbringt, ist allerdings theilweise begründet. Es ist sicher, dass Badjuri nicht die Lobsprüche Sachau's verdient, sondern, wie seit mehreren Jahrhunderten alle Islamjuristen, vollkommen ohne Originalität ist und ohne geistige Kraft; dass er nur den vorhandenen Stoff ohne weitere Bearbeitung, ohne jede systematische Kunst und auch ohne Abweichung von dem Traditionellen unkritisch wiedergiebt, denn die Kritik würde der heiligen Pflicht des heutigen Islamjuristen widersprechen. Insofern kann man das, was Snouck H. S. 147 f. ausführt, vollkommen billigen. Die Gesetzeskunde des Islam ist seit dem 16. Jahrhundert auf einem toten Geleise

angelangt und bietet nichts Hervorragendes mehr. So bleibt namentlich in der Schafiischule dasjenige massgebend, was im 16. Jahrhundert Ibn Hadjar und ar-Ramlî zum Minhadj entwickelt haben[1]). Die ganze Belehrung in den Rechtsschulen in Kairo ist seitdem nichts als ein Nachbeten des Vergangenen, ein völliges Haftenbleiben an der Casuistik früherer Zeiten, und darum ohne besonderen Werth. Deshalb können wir kaum zustimmen, wenn Snouck H. behauptet, dass man dem mündlichen Unterricht in Mekka oder in Kairo noch manches ververdanken könne, was aus den Schriften nicht zu entnehmen sei. Es kann sich höchstens um tüftelnde Einzelheiten handeln; von einem verbindenden Geiste und von einer scharfen Auffassung der juristischen Sachlage ist dort keinesfalls die Rede.

Das, was im Islam lebenskräftig ist, ist die Jurisprudenz, die aber in Egypten fast durchweg nach der Hanefitenschule geübt wird; und von grösserer Bedeutung, als was heutzutage die Islamjuristen schreiben, sind die Entscheidungen und Gutachten[2]) aus der Praxis, die Fetwas.

---

[1]) Vgl. auch über das Erlöschen des idjtihad, der eigentlichen schöpferischen Kraft der Islamliteratur, Snouck Hurgronje in der Revue de l'histoire des religions XXXVII p. 176 f.; Macdonald, Development of Muslim Theology (1903) p. 112 f. Das Ansehen der Lehrer des Islamrechts geht abwärts von den mujtahidun mutlag, den Stiftern der Schulen, auf die mujtahidun fi-l madhabib, und schliesslich auf die mujtahidun bil fatwa. Ueber Ibn Hadjar aber vgl. auch Veth, Java I S. 361.

[2]) Wie die Islamjuristen die modernen Erscheinungen deuten und auslegen, geht aus einem Bericht Snouck Hurgronje's in Tijdschrift der Batavianischen Gesellschaft 42, S. 393 f., 411 f. hervor, wonach der Phonograph den dortigen Rechtsgelehrten Bedenken erregt hat. Man fragte insbesondere, ob das Anhören der phonographischen Recitation von Koranversen dasselbe Verdienst habe wie das Anhören wirklicher Gebete, und ob es erlaubt sei, den Gesang eines fremden Weibes durch den Phonographen zu hören, während es sonst nicht gestattet ist, sich an der Stimme eines fremden Weibes zu erfreuen. Die Fetwas (Gutachten) darüber gehen ernstlich hin und her, und man verhandelt über derartige Dinge mit dem grössten Ernst.

Richtig bemerkt ferner S. Hurgronje, dass es für einen occidentalen Juristen besser wäre, dem Erbrecht eine unserer juristischen Auffassung entsprechende Bearbeitung angedeihen zu lassen, als die casuistische, öde, in die Einzelheiten versinkende und sich in den Einzelheiten verlierende Darstellung der Islamjuristen wiederzugeben. Er hätte aber hinzufügen sollen, dass eine derartige Darstellung sich bereits in meinen Rechtsvergleichenden Studien, S. 98 f., und Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII, S. 47 f., findet. Wenn er sodann Einzelheiten der Uebersetzung bemängelt, so kann ich dies nicht beurtheilen; jedenfalls handelt es sich dabei nicht um juristisch sehr erhebliche Dinge. Einige Bedeutung hat allerdings der Widerspruch über den Begriff des muhsan. Wie ich schon in meinem islamitischen Strafrecht (Gerichtsaal 41, S. 309 f.) ausgeführt, ist bei der Bestrafung der Unzucht (zina) ein Unterschied zu machen: gewisse Personen erleiden die Todesstrafe (Steinigung), andere nur Züchtigung und Verbannung. Die Todesstrafe erleidet der muhsan. Ich hatte diesen aufgefasst als einen, der in gesetzlicher Ehe lebt und die Ehe mit seiner gesetzlichen Frau consumirt hat. Auch Sachau (S. 809, 817) nimmt an, dass zum muhsan der Bestand der Ehe im Augenblick der That gehöre, wodurch die furchtbare Strafe einen gewissen gerechtfertigten Hintergrund bekommt. S. Hurgronje (S. 161 f.) behauptet, dass dies nicht erforderlich sei; es genüge, dass man einmal die eheliche Beiwohnung vollzogen habe.

Wenn dagegen S. Hurgronje die alte Idee von der Unwirklichkeit des Islamrechtes vorbringt, so ist dies schon längst widerlegt. Richtig ist natürlich, dass das Islamrecht sich nicht immer gleichgeblieben ist, und dass in seiner Entwickelung mehrere Kräfte eine Rolle gespielt haben. Dies gilt insbesondere von den willkürlich ersonnenen Traditionen (Hadiths). Goldziher hat in seinen Muhammedanischen Studien II S. 1 f. sehr eingehend dargelegt, welchen Einfluss diese Hadiths auf die Bildung des Islamrechtes hatten, wie sie allmählich gesammelt worden sind, zuerst in der unsystemati-

schen Gestalt der Musnads, und sodann, mit dem Versuch einer sachlichen Ordnung, in der Gestalt der Musannafs; wovon die zwei Sahis, das von Buchârî und das von Muslim die bedeutungsvollsten waren, neben welchen noch andere Sammelwerke einen Ruf genossen, insbesondere die vier Sunans, die bei Goldziher, S. 249, näher aufgeführt werden[3]). Es ist hier auch die Rede von der Traditionskritik und von den vielen falschen Hadiths, die sich eingeschlichen hatten. Dies letztere ist eine begreifliche Erscheinung. Jedes Recht verlangt Entwickelung, und wenn es diese nicht in gerader Linie findet, so hat es von jeher Schleichwege zu gehen gewusst, und das gilt insbesondere für die Rechte des Alterthums, die auf eine bestimmte Offenbarung festgelegt waren: da man an dem Koran nicht rütteln konnte, so rüttelte man an den Traditionen, und so entstanden überall da neue Erzählungen über Aussprüche des Propheten, wo man einen neuen Rechtssatz für nöthig hielt; und dass dabei die Politik, insbesondere unter den Abbasiden, keine geringe Rolle spielte, ist begreiflich. Vgl. darüber Goldziher S. 34 f.[4]). In allen diesen Beziehungen kann aber von einem unpraktischen Idealrecht keine Rede sein, vielmehr ist gerade die Gesammtheit der (echten und unechten) Hadiths zu einem Körper des Rechts angewachsen, und daraus haben später die raisonnirenden Juristen, die mit Rechtsähnlichkeiten und logischer Begriffsentwickelung verfuhren, ihre scholastischen Systeme aufgebaut. Ferne davon also, dass man aus diesem Gang der Sache auf ein unwirkliches Recht schliessen könnte, handelt es sich hier gerade um ein wirkliches Recht, schaffend

---

[3]) Ueber den Musnad des Ahmed ben Hanbal vgl. Goldziher in Zeitschr. der Morgenl. Gesellsch. 50 S. 465 f. Er wurde vor kurzem in Cairo in 6 Bänden gedruckt; vgl. Macdonald, Development of Muslim Theology p. 79, wo auch Weiteres über die Hadiths.

[4]) Ueber die tendenziöse Gestaltung der Urgeschichte des Islams vgl. Nöldeke, Zeitschr. d. Morgenländ. Gesellsch. 52 S. 16 f. Von einem Ibn Abi Awjr wird erzählt, dass er 4000 falsche Hadiths in Umlauf gesetzt habe, Macdonald p. 80.

mit den Mitteln, welche die einengende Verfassung den Rechsbestrebungen übrig liess. Dass man sich dabei solcher Mittel, wie der Fälschung bediente, mag bedauerlich sein; solches ist aber nicht bloss im Islam vorgekommen: man denke an Pseudoisidor und seinen Einfluss auf die kanonische Rechtsentwickelung.

Richtig ist ferner so viel, dass auch die örtlichen Gewohnheitsrechte Bedeutung erlangten, und dass sich gegenüber solchem Ortsrecht hauptsächlich die erb- und familienrechtlichen Bestimmungen, weil sie ganz besonders auf dem Koran beruhen, erhalten haben, weniger das Verkehrsrecht, das mehr von den örtlichen Anschauungen geleitet war und örtlichen Gebräuchen unterlag. Das ist aber bei jeder derartigen Rechtsordnung so. Auch das römische Recht war im römischen Reich durchaus nicht in der Art geltendes Recht, dass es alle örtlichen Bestimmungen über den Haufen geworfen hätte. Was wir vom römischen Recht im Orient oder in Egypten erfahren, bezeugt klärlich, dass viele Bestandtheile des Corpus juris in diesem Sinne bloss Idealrecht waren oder nur in einem beschränkten Kreise des römischen Reiches galten und auf anderen Gebieten den Gebräuchen, Gewohnheiten, Landesgesetzen, dem Vulgarrecht, stattgaben. So ist es natürlich auch mit dem Islam gewesen; wozu noch kommt, dass eine Menge von Bestimmungen, so sehr sie durch die Tradition geheiligt erschienen, in der Praxis dem fortgeschrittenen Rechtsbewusstsein zum Opfer fielen. Nichtsdestoweniger ist es sicher, dass unmittelbar oder mittelbar dasjenige, was dem Gläubigen das Studium des Fickh bietet, wirksam bleibt. Wenn die Praxis darüber hinweggeht, so ist es eben die Erkenntniss des praktischen Bedürfnisses, welche zu einer solchen Abweichung drängt[5]). Es ist ganz dasselbe, wie bei uns in den Ländern des gemeinen

---

[5]) Ueber das Verhältniss zwischen weltlichem und geistlichem Recht im Islam vgl. auch Hoogerwoerd, Krit. Studien zur Einf. in das Recht des Islam S. 24 f.

Rechtes, wo der Schüler Jahre lang das römische Recht nach den Pandekten kennen lernte, obgleich im Leben sehr vieles davon nicht zur Anwendung kam und Ortsrecht und Gerichtsgebrauch überwogen. Nichtsdestoweniger wird Niemand zweifeln, dass das römische Recht für die mittelalterliche Rechtsentwickelung von der grössten praktischen Bedeutung war und Niemand sie verstehen kann, der sich nicht in das römische Recht vertieft; und es ist daher vollkommen zutreffend, wenn die vergleichende Rechtswissenschaft auch diese Gebiete des Islamrechtes zum Gegenstand des Studiums macht.

Die Frage, inwieweit ein Rechtswerk in der Praxis befolgt werden muss, um überhaupt als bestehendes Recht zu gelten, ist eine juristische Frage, und wer die Geschichte des Völkerlebens kennt, weiss, dass man bei derartigen Weltrechten durchaus nicht erwarten darf, dass sie auf dem ganzen Gebiete eines ungeheuren Rechtskreises so haarklein beobachtet werden, wie etwa das erst erlassene Gesetzbuch eines Landes, das man noch von Artikel zu Artikel und von Paragraphen zu Paragraphen pünktlich befolgt. Zur Kenntniss der Geschichte gehört ein weiterer Blick, als ihn derjenige erwirbt, der sich nur auf das Studium der Islamschriften verlegt, und die Rechtsentwickelung zeigt manche Seiten, die man nicht aus der neuesten Rechtsgeschichte seiner eigenen Heimath kennen lernt[6]).

Snouck Hurgronje selbst sagt in Tijdschrift voor Ind. Taal-, Land- en Volkenkunde XLII p. 394 f. folgendes: „Das Sachen- und Obligationenrecht sowie das Strafrecht des Islams sind seit Jahrhunderten wesentlich nur Gegenstände des Studiums; als solche verdienen sie unsere Beachtung, aber für das wirkliche Leben hat ihre Bedeutung immer mehr abgenommen. Es giebt aber zu allen Zeiten und Orten Fromme, welche, wenn es ohne allzu grosse Schwierigkeiten geht, in ihren Privatgeschäften gern jenem kanonischen Rechte Rech-

---

[6]) Vgl. darüber auch Lambert, Fonction du droit civil comparé p. 378 f.

nung tragen. Solche sind es, die bei angesehenen Schriftgelehrten über die Lehren des Gesetzes Auskunft einziehen. So wird man in einem muslimischen Lande, wo Versicherungscontracte üblich werden, immer auch Fetwa's verbreitet finden, in welchen solche Geschäfte dem strenge untersagten Hasardspiele gleichgesetzt werden. Alle localen Handelsbräuche, Arten des Darlehns, der Verpfändung, Vermiethung u. s. w. findet man in den Anfragen der Wissensbedürftigen erwähnt, manchmal detaillirt beschrieben, und die Fetwa's entscheiden mit Belegen aus der Gesetzesliteratur." Damit ist die praktische Bedeutung des Islamrechts zugegeben.

Im Islam besteht eben, wie in sonstigen Culturrechten, neben den altheiligen Quellen der ijma (die allgemeine Meinung und Uebung, unserem allgemeinen Gewohnheitsrecht entsprechend), und die Localgewohnheit (der urf oder ada). Vgl. auch Macdonald, Development of Muslim Theology p. 94 und unten S. 205.

Ueber die Geltung des Islamsrechts auf Java und Madura und die gewohnheitlichen Abweichungen, insbesondere was das Schuldrecht betrifft, vgl. auch van den Berg in den Bijdragen des Niederländisch-Indischen Instituts 47 S. 94 f., Veth, Java I S. 347 f. u. unten S. 252 f.

§ 2.

Dass der Scholastiker Badjuri keinen Fortschritt bedeutet, ist bereits ausgeführt worden. Seine juristischen Hantirungen sind öfters höchst unerfreulich; die Eintheilungen sind meist äusserlich und oft ganz irreführend: sie erinnern noch an die Eintheilungen der alten Schule, wo drei oder vier verschiedene Eintheilungsprincipien äusserlich zusammengeworfen wurden. Die Entscheidungen von Rechtsfragen sind oft über alle Maassen absonderlich und ungesund. Schon in früheren Schriften habe ich Proben gegeben, wie die arabischen Juristen schlussfolgern. So sind die Ausführungen über die Zahl der Scheidungen geradezu unerträglich. Es hat bekanntlich eigenartige Wirkung, wenn der Mann drei Scheidungen ausge-

sprochen hat, wodurch die Ehegatten in der Art von einander getrennt werden, dass eine neue Ehe zwischen ihnen regelmässig unmöglich ist. Wie aber, wenn der Mann sagt: 1 plus 2 minus 1 plus 2 Scheidungen; das sollen nicht etwa 4, sondern 2 Scheidungen sein. Wenn er sagt: 2 plus 1 minus 1 Scheidung, so soll dies drei Scheidungen darstellen. Die Begründung muss man bei Badjuri selbst (auf S. 59) nachsehen[7]). Höchst verwunderlich sind ferner die Verhältnisse, die der Jurist sich construirt, wenn Jemand, der mit einer erwachsenen Frau verheirathet ist, sich weiter mit einem (natürlich weiblichen) Säugling verheirathet, was nach dem Islam möglich ist[8]), und nun die erwachsene Frau den Säugling (fünfmal) stillt. Dadurch wird die erwachsene Frau zur Milchmutter des (weiblichen) Säuglings und dieser zu ihrer Tochter und der Mann zum Milchvater dieser seiner Säuglingsgemahlin. Damit ist die Ehe nichtig. Noch viel schwieriger wird der Fall, wenn das Kind von der Mutter der erwachsenen Ehefrau gestillt wird, denn dann wird es zur Schwester dieser erwachsenen Frau; da aber eine Ehe mit zwei Schwestern nicht bestehen darf, so werden dadurch beide Ehen nichtig (vgl. S. 95)! Geradezu grossartig ist folgende Argumentation (S. 194): Der Bruder des Erblassers erkennt an, dass noch ein bis jetzt unbekannter Sohn des Erblassers vorhanden ist. Trotzdem aber wird der Bruder nicht durch den Sohn ausgeschlossen; denn, sagt Badjuri, würde er ihn ausschliessen, so wäre der Bruder nicht Erbe; ist er aber nicht Erbe, so kann er auch nicht durch Anerkennung sein Erbrecht auf den Sohn übertragen; also circulus vitiosus (S. 194)! Wunderbar ist auch Folgendes: Wenn ein Wegelagerer sich bekehrt, bevor er ergriffen wird, so wird er minder bestraft; vorsichtig wird beigefügt, dass dies nicht der Fall

---

[7]) Vgl. darüber auch Nauphal, Système législat. muselman, Mariage p. 18 f. Noch mehr Sonderlichkeiten in dieser Richtung bei Nauphal, Legisl. musulmane, Filiation et divorce p. 163 f.

[8]) Ueber die Ehe mit Unmündigen vgl. auch Hoogerwoerd, Krit. Studien zur Einführung in das Recht des Islam (1901) S. 51.

ist, falls er sich erst bekehrt, wenn die Welt im Begriff ist, unterzugehen (S. 843)! Und endlich: ein Grundstück, das im Augenblick noch nicht eingesehen werden kann, kann nicht als Ganzes vermiethet werden, wohl aber die Hälfte oder ein Drittel: denn das Ganze hat kein „simile"; dagegen bei Halben oder Dritteln ist ein anderes Halb oder ein anderes Drittel als „simile" gegeben (S. 547). Probatum est!!

Ganz seltsam und fast unbegreiflich ist ferner die Meinung der Juristen, dass das Sprechen der Ehescheidungsformel die Scheidung herbeiführe, auch dann, wenn dies gar nicht gewollt ist. Das Wort wirkt also wie zauberhaft, es wirkt auch dann, wenn es nur im Spasse gebraucht wird. Man berief sich in dieser Beziehung auf den Ausspruch des Propheten: Alles ist ernst in der Ehe, selbst der Spass[9]). Doch verlangte man Geschäftsfähigkeit; was aber die Trunkenheit betrifft, so nahm der Islam hier, wie auch sonst, an, dass der Betrunkene, wenn er den Zustand selbst verschuldet habe, sich wie ein Geschäftsfähiger behandeln lassen müsse; eine in solchem Fall ausgesprochene Ehescheidung ist daher bindend[10]).

Daneben finden sich Bestimmungen moralisch bedenklicher Natur, wie die Lehre über die Mentalreservation beim Eid; wenn z. B. ein Unbemittelter belangt wird, soll er schwören dürfen, dass er nichts schuldig sei, nämlich mit dem Hintergedanken, dass er nichts schuldig sei in diesem Moment, sofern doch nichts von ihm erlangt werden könne! Oder wenn Jemand verklagt ist, der zum Zweck der Selbsthülfe einen Gegenstand weggenommen hat, so soll er schwören dürfen, er habe nichts ohne Erlaubniss des Anderen weggenommen; ein solcher Eid gestatte nämlich den Hintergedanken, der Schwörende habe nichts widerrechtlich weggenommen, und die Selbsthülfe sei keine Widerrechtlichkeit. So Badjuri S. 731!!

---

[9]) Vgl. Nauphal, Système législatif muselman, Mariage p. 113, der darüber ausführlich handelt.

[10]) Vgl. Badjuri S. 53 f.

Auch die Behandlung der Christen und Juden ist noch eine sehr rückständige: beide sollen nur ein Drittel Wergeld haben; noch mehr, sie werden nicht als Zeugen zugelassen; Badjuri bezieht sich dafür ausdrücklich auf die Stelle des Koran, dass nur die Unbescholtenen Zeugen sein sollen, die Christen seien aber schon an und für sich nicht unbescholten!! Eine Bestimmung, über welche sich Abu Hanifa bereits längst erhoben hatte, und ebenso auch Ibn Hanbal (Badjuri S. 739)!

Hier, wie in vielem anderen, ist ganz besonders die schafiitische Lehre rückständig, so dass sie dem Recht der Hanefiten nicht nachkommt. In einigen anderen Beziehungen ist allerdings Schafii's Auffassung etwas weiter gediehen; nach ihr kann z. B. die Schenkung nur dann beliebig rückgängig gemacht werden, wenn es eine Schenkung an Abkömmlinge ist (Badjuri S. 633), während die Hanefiten einen Widerruf der Schenkung in viel weiterem Maasse gestatten (Studien S. 94). Die Theilpacht kennen die Schafiiten wenigstens als Musakah in Bezug auf Wein und Datteln (Badjuri S. 533 f., 579 f. und meine Commenda S. 17), während sie Abu Hanifa ganz verwirft, u. A.

§ 3.

Die Bestimmungen Badjuri's über Freilassung erweitern das, was ich in den Rechtsvergleichenden Studien S. 14 f. ausgeführt habe. Als besondere Art der Freilassung tritt hervor die Kitâbefreilassung, d. h. die Freilassung gegen Lösegeld, sodann die Tedbîrfreilassung, d. h. die Freilassung von todeswegen, welche der Freilasser nach schafiitischer Anschauung widerrufen kann, aber nur dadurch, dass er den Sklaven veräussert; und endlich die Istîlâdfreilassung, die stillschweigend dadurch erfolgt, dass der Herr das Kind einer Sklavin als das seinige anerkennt; in diesem Fall wird die Sklavin zur *um walad* und mit des Herrn Tode frei [11]. Der Freilasser erwirbt ebenso

---

[11]) Badjuri S. 140, 145, 149. Diese Stellung der *um walad* ist sehr human, führt allerdings zugleich zu einem üppigen Concubinat, vgl. auch Nauphal a. a. O. Mariage p. 46 f.

wie nach indogermanischen Gesetzen ein Patronatrecht, mit der Wirkung, dass er zum Mundwalt des Freigelassenen wird, also insbesondere die freigelassene Sklavin in die Ehe geben kann und für den verletzten Sklaven das Sühnegeld erhält; und ebenso hat er ein Erbrecht in Ermangelung von Asabas [12]). Der Sklave, der in das Eigenthum seines Ascendenten oder Abkömmlings gelangt, wird von selbst frei [13]).

§ 4.

Zum Schuldrecht ist meinen früheren Darstellungen manches beizufügen, da eine Reihe neuer Arbeiten vorliegt.

Die Franzosen mussten in Tunis unter den Muslim das malekitische Recht zur Anwendung bringen, natürlich mit manchen Aenderungen, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch im Islam das Gewohnheitsrecht eine grosse Rolle spielt und die örtlichen Rechte manche Besonderheiten verlangen (oben S. 201). In neuester Zeit haben sie den Plan gefasst, das Islamrecht zu modernisiren und in dieser Gestalt ein Gesetzbuch abzufassen, das für die Verhältnisse der Muslim massgebend sein soll. Bis jetzt ist der Vorentwurf eines Obligationenrechts im Jahre 1899 erschienen, ausgearbeitet von einer Commission, deren Berichterstatter Santillana war. Dieser Entwurf wurde einem islamitischen Comité unterbreitet, das aus drei Professoren der Moschee und drei Richtern des Gerichtshofs in Tunis bestand. Hier wurde das Werk erörtert, manches umgearbeitet, und es soll nunmehr der überarbeitete Entwurf durch eine grössere Commission berathen werden; auf diese Weise kann das Schuldrecht, also derjenige Theil des Islamrechts, der am meisten der Modernisirung zugänglich ist, zu einer Codification gelangen. Der Entwurf von Santillana, der mir vorliegt, besteht aus nicht

---

[12]) Badjuri S. 141 f., 196.

[13]) Abu Schodja S. 125. Badjuri, S. 138 f., drückt sich allerdings so aus, als ob er erst freigelassen werden müsse.

weniger als 2479 Artikeln und behandelt in moderner Weise zunächst den allgemeinen Theil des Schuldrechts, sodann Kauf, Tausch, Miethe, Erbpacht, Hinterlegung, Darlehen, Auftrag, Commenda, Gesellschaft, gewagte Geschäfte, Vergleich, Bürgschaft, Pfand, Wechselrecht, Concurs. Die Arbeit ist namentlich interessant durch die grosse Reihe von Hinweisen auf arabische Juristen und ihre Lehrmeinungen, so z. B. bezüglich des Wucherverbotes (S. 441 f.), welches man für das Verhältniss der Muslim unter einander bestehen lassen muss: denn es wurzelt so sehr im Islamglauben, dass es einer europäischen Regierung unmöglich wäre, das Princip auszurotten; die dort erwähnten Juristen erklären ausdrücklich, dass nicht nur das unmittelbare Zinsennehmen verboten sei, sondern auch das mittelbare, z. B. durch Discontiren, durch Kauf auf Wiederkauf, durch Rückbehaltung eines Theils des Kaufpreises, durch Geschenke an den Gläubiger, durch Mohatra; während die Antichrese gestattet wird[14]).

Ebenso finden sich interessante Nachweise über das Verbot des Verkaufes einer künftigen Sache. Dieser gilt als nichtig wegen seines Zufallscharacters, der der strengen Moral des Islam zuwider ist; denn dieser widerstrebt es, auf Zufall einen Gewinn zu bauen, der mit einem Verlust des Gegners verbunden ist. Daher auch die Bestimmung, dass Früchte erst mit der Reife veräussert werden können, oder so, dass sie sofort abgeschnitten werden[15]). Daher auch die Verwerfung des Versicherungsgeschäfts durch die Islamjuristen!

Sodann bieten die Bestimmungen über Erbbaurecht und Erbpacht manches Ergänzende zu dem, was ich in Zeitschrift XII, S. 17 f., 22, ausgeführt habe. Diese Grundverhältnisse

---

[14]) Vgl. darüber Santillana S. 446 f. und meine modernen Rechtsfragen bei islam. Juristen S. 5. Ueber den Wucherbegriff im Islam auf Grund der Hadiths vgl. neuerdings Cohn, Der Wucher (ribâ), in meinen Berliner Jurist. Beiträgen II und mein Nachwort daselbst S. 32 f.

[15]) Vgl. Santillana S. 267, und auch Badjuri S. 296.

sind in der ganzen malekitischen Welt, aber auch bei den Schafiiten sehr häufig; man nennt das Erbbaurecht auch enzel, namentlich wenn es gegen festen Zins bedungen ist, während die Ausdrücke kirdar oder hekr hauptsächlich dann in Gebrauch sein sollen, wenn eine wandelbare Rente zu bezahlen ist. Andere Benennungen sind khulu und naçba, letzteres insbesondere, wenn Verkaufs- oder Industriebuden in Erbbaurecht gegeben werden[16]).

§ 5.

Wie Wakf Stiftung und Familienfideicommiss bedeutet, so begreift Hawala drei Dinge in sich, indem es bald unserer Anweisung, bald unserer Cession, bald unserer Schuldübernahme entspricht; jedoch nicht in der Art, als ob alle drei Rechtsverhältnisse zu einem juristischen Gemisch verschmolzen wären: vielmehr ist es immer das eine Institut der Anweisung, welches aber durch die besondere Art seiner Gestaltung auch die Functionen der Forderungsübertragung und Schuldübernahme zu vollziehen vermag.

Die Anweisung verlangt an sich weder eine Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen, noch eine Forderung des Anweisungsempfängers an den Anweisenden; hat aber der Anweisende eine Forderung an den Angewiesenen, so kann die Anweisung die Rolle der Forderungsübertragung spielen; hat der Anweisungsempfänger eine Forderung an den Anweisenden, so kann die Anweisung die Aufgabe der Schuldübernahme erfüllen. Allerdings handelt es sich in beiden Fällen nicht um Cession und Schuldübernahme in ihrem Sondercharacter, sondern um eine Gestaltung der Anweisung, welche sie in ihrem praktischen Ergebniss diesen beiden nahe bringt. Der Angewiesene als Angewiesener haftet allerdings nicht schon durch die Anweisung, sondern erst durch die Annahme: diese Annahme nun ist bei uns regelmässig abstract; doch ist dies nicht

[16]) Santillana S. 402, 411, 412.

ausschliesslich: der Angewiesene kann auch erklären, dass er dem Anweisungsempfänger nur so weit haften wolle, als er dem Anweisenden haftete; dann treten ähnliche Verhältnisse ein, wie wenn der Anweisende seine Forderung übertragen hätte, und der Anweisungsempfänger bekommt ähnliche Ansprüche wie ein Cessionar. Allerdings besteht noch folgender Unterschied gegenüber der Cession: durch diese geht die Forderung über, und mit der Forderung auch Bürgschaft und Pfand, während durch die Anweisungsannahme zwar eine ähnliche Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen begründet werden kann, wie die des Anweisenden gegen den Angewiesenen war, aber nur eben eine ähnliche Forderung, nicht dieselbe; und darum haften Bürge und Pfandbesteller nur dann, wenn sie sich mit der Anweisungsannahme einverstanden erklärt haben. Im Falle aber, dass der Anweisungsempfänger eine Forderung gegen den Anweisenden hat, kann ebenso der Angewiesene dem Anweisungsempfänger erklären, dass er ihm nicht absolut haften wolle, sondern nur so, wie bisher der Anweisende gehaftet hat. Das ist dann ganz ähnlich wie eine Schuldübernahme; und dass hier die ursprünglich gegebenen Bürgen nur dann für den Angewiesenen haften, wenn sie die Haftung ausdrücklich übernehmen, ist bei der Schuldübernahme und bei der Anweisungsannahme in gleicher Weise der Fall.

So sieht man, wie das Institut der Anweisung durch besondere individuelle Gestaltung im praktischen Ergebnisse den anderen zwei Instituten angenähert werden kann. Man kann hier von titulirter Anweisung(sannahme) sprechen, wie ich dies bereits früher, Zeitschr. VI, S. 220, XII, S. 30, ausgeführt habe. In der That wird auch diese titulirte Anweisungsannahme, worin der Angewiesene erklärt, dass er nur in der Weise einer früheren Haftung schuldig sein wolle, als Hawala mukajjada im Islam besonders hervorgehoben[17]).

---

[17]) Darüber und über die Anweisungsfrage überhaupt vortrefflich Grasshoff, Wechselrecht der Araber S. 55.

Sollte aber nicht, wenn der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist, ähnlich wie bei unserer Cession, eine Forderung des Anweisungsempfängers gegen ihn begründet werden können auch ohne Anweisungsannahme? Wir haben ja diese Erscheinung bei dem modernen Institute des Check [18]). Im Islam war die Frage bestritten: manche waren dafür, andere dagegen.

In Manchem ist der Islam rückständig geblieben, indem er sich durch Bestimmungen des Koran oder der Sunna als gebunden erachtete. Oben (S. 207) wurde betont, dass die Anweisung keine Schuld des Anweisenden an den Anweisungsempfänger voraussetzt. Der Islam aber forderte dies: er nahm an, dass die Anweisung nur möglich sei zu dem Zweck, um eine Schuld des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu tilgen. Manche Rechtslehrer aber gingen noch weiter und verlangten ausserdem, dass der Anweisende auch Gläubiger des Angewiesenen sein müsse (vgl. Grasshoff S. 48); so insbesondere Abu Schodja und Badjuri (bei Sachau S. 379); ja diese beiden verlangten sogar, dass die beiden Schulden bezüglich des Umfanges und der Fälligkeit einander gleich seien, so dass durch die Anweisung nur die Personen gewechselt werden; und dies wurde noch zu der Folgerung hinaufgetrieben, dass es unzulässig sein solle, dass der Anweisungsempfänger sich vom Angewiesenen eine Bürgschaft ausbedinge: überall herrscht der Gedanke vor, die Menschen dürften das Recht nicht für Speculationsvortheile benutzen: die Forderungen sollen nicht zum Gegenstand des Handels werden!

Soweit durch die Anweisung eine Schuld des Anweisenden an den Anweisungsempfänger getilgt werden soll, nimmt der Islam (ebenso wie das ältere mittelalterliche Recht) an, dass die Schuld schon durch das Anweisungsaccept getilgt werde,

---

[18]) Bei dem Check ist es fraglich, ob man eine Cession construiren soll oder eine Anweisung, bei welcher der Angewiesene ohne Annahme haftet. Richtig ist das erstere. Ueber diese Frage vgl. den Aufsatz S. 281 f.

nicht erst durch die Zahlung. Doch machte man gewisse Ausnahmen, und insbesondere unterwarf man den Anweisenden dem Regress, wenn der Angewiesene ohne Hinterlassung von Vermögen starb [19]).

Dass das arabische Hawala zum persischen Suftaja in Beziehung steht (Grasshoff S. 16), ist sehr wahrscheinlich, und bei dem Einfluss des persischen Rechts auf den Islam ist die Vermuthung nicht zu kühn, dass der Islam das ganze Institut aus Persien entnommen hat, und dass es, ebenso wie das Institut der Commenda, aus dem älteren Recht Babylons in das persische übergegangen ist. Von den Arabern aber haben sicher die Mittelmeervölker das Hawala entnommen und sind dadurch zum Wechselinstitut gelangt. Dieser Uebergang lässt sich allerdings bis jetzt nur durch geschichtliche Vernunftschlüsse nachweisen; allein dieser Nachweis ist zwingend, wenn man sich vorstellt, wie ein unentbehrliches, reich entwickeltes Institut suggestiv auf Völker gewirkt haben muss, die sich erst zur handelsrechtlichen Grösse hinaufarbeiteten und mit der Levante einerseits und den Arabern Spaniens anderseits im lebhaftesten „Wechselverkehr“ standen.

§ 6.

Die Auslobung wird im Islam lebhaft besprochen (Badjuri S. 568 f.). Es wird aber, dem Zwecke des Institutes zuwider, verlangt, dass der Leistende von der ausgesetzten Belohnung weiss, offenbar im Gedanken an den Vertragscharacter der Auslobung und in scholastischer Ausgestaltung dieser Idee. Bemerkenswerth ist die Bestimmung, dass die Auslobung ungültig ist, wenn die Leistung eine sittliche Pflicht darstellt (Badjuri S. 569), denn die Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu Geldzwecken zu gebrauchen, würde der inneren Idee des Islam widersprechen. Erklärt der Auslobende vor Beginn der Arbeit den Rücktritt, dann hat er nichts zu bezahlen,

---

[19]) Vgl. Zeitschrift VI S. 221, Grasshoff S. 44 f.

wenn vor der Vollendung, dann einen entsprechenden Theil. Machen mehrere die Leistung, so vertheilen sie die Belohnung nach Köpfen oder, wenn ihre Betheiligung verschieden ist, nach der Art ihrer Leistung. Vgl. darüber Badjuri S. 570—572.

§ 7.

Ausführlich ist vom ganzen und theilweisen Untergang der Sache beim Mieth- und Werkvertrag die Rede. Geht die Sache beim Miethverhältniss ganz unter, so wird das Verhältniss von selbst aufgehoben, wenn theilweise, so hat der Miether das Rücktrittrecht (Badjuri S. 554). Vgl. damit Zeitschrift VI, S. 246. Beim Werkvertrag wird ein Theil der Vergütung bezahlt, wenn der Untergang der Sache nach Fertigstellung eines Theils eintritt (ebenda S. 556).

§ 8.

Ueber die Commenda kann ich auf meine gleichnamige Schrift verweisen. Dass nach schafiitischer Anschauung das Commendacapital nur in Geld bestehen kann, wird auch von Badjuri bestätigt (S. 520). Auch die Beschränkung des Gesellschaftsvertrages im Islam ist bereits anderweitig hervorgehoben worden. Ueberall tritt das Bestreben hervor, der Speculation entgegenzutreten. Die Schafiiten kennen nur eine Gesellschaft mit einem Capital von vertretbarem Vermögen unter verhältnissmässiger Betheiligung an Gewinn und Verlust. Doch hat man das Mittel gefunden, die Bestimmung dadurch zu umgehen, dass man andere Capitalstücke durch Verkauf zum Miteigenthum der Gesellschafter macht, wodurch dann allerdings keine Gesellschaft, wohl aber eine sonstige Gemeinschaft eintritt, welche nach islamischer Ansicht nicht die strengen Voraussetzungen der Gesellschaft theilt (Badjuri S. 417). Verworfen wird bei den Schafiiten die Arbeitsgenossenschaft oder Handwerksgenossenschaft, das Schirkat al abdan (Badjuri S. 416). Mit solchen Bestimmungen ist der Nerv des Gesellschaftslebens durchschnitten.

§ 9.

Die Schafiiten erkennen in beschränktem Maasse die Selbsthülfe an, einmal bei dinglichen Ansprüchen, sodann bei Schuldverhältnissen; dann nämlich, wenn der Schuldner die Schuld anerkennt und doch sich zu zahlen weigert [20]).

Der Gläubiger kann in einem solchen Falle das Gut verkaufen und sich bezahlt machen. Offenbar hat man auf diese Weise auch im Islam vollstreckbare Urkunden geschaffen; es ergiebt sich anderwärts, dass eine Urkunde, die vor dem Hakim und zwei glaubhaften Zeugen aufgenommen wurde, dem Gläubiger das Vollstreckungsrecht gab [21]).

Ueber den Islamprocess habe ich bereits in meinen Studien S. 146 f. gehandelt. Auch Badjuri spricht ausführlich davon. Der Kläger bringt seinen Beweis (Zeugenbeweis) oder schiebt dem Beklagten den Eid zu. Schwört dieser nicht, so geht der Eid von selbst an den Kläger zurück. Ausserdem kann der Richter dem beweisenden Kläger einen Erfüllungseid auferlegen [22]).

§ 10.

Die Blutrache bei den Altarabern war theils eine Sache des Stammes, Hajj, theils eine Sache der Familie, Ahl. Das ist begreiflich. Wenn der Stamm durch einen anderen Stamm verletzt wird, dann regt sich die Gesammtheit; dagegen bei Verletzung innerhalb des Stammes kämpft Familie gegen Familie [23]). Schon längst hatte sich, wie begreiflich, der Stamm in kleinere Abtheilungen gespalten, und diese traten wieder so sehr einander selbständig gegenüber, dass sie unter einander Kriege führten und sich befehdeten [24]). So ist es noch heutzu-

---

[20]) Badjuri S. 726.

[21]) Vgl. auch Grasshoff S. 32.

[22]) Vgl. Badjuri S. 728 f.

[23]) Lehrreiches über die Geschichte der Stämme vor dem Islam (im 6. Jahrh.) bei Blau, Zeitschr. der Morgenl. Gesellsch. 23 S. 559 f.

[24]) Hierüber Procksch in den Leipziger Studien aus dem Gebiete

tage bei den Beduinen, nur dass der Satz sich entwickelt zu haben scheint, dass die Blutrache höchstens bis zur 5. Parentel geübt werden darf[25]). Beschränkt ist die Blutrache durch die Asylbestimmung, und wie bei den meisten Völkern finden wir hier ein zeitliches Asyl, die heiligen Monate, und ein örtliches, dieses namentlich an heiligen Stätten[26]) und in einer gewissen Umgebung von Mekka, Haram, und sodann im Innern des Hauses. Durch die Blutrache geschützt ist nicht nur die leibliche Familie, sondern auch ihre Erweiterung; denn auch der Schützling, Gar, wird gerächt. Die Schützlingschaft ist eine wichtige altarabische Institution, welche allein dem Fremden im Stamme eine Existenz zu bieten vermag. Eine Art Schützlingschaft dakhîlverhältniss entstand auch dadurch, dass der Verfolgte das Zelt des Verfolgers ergriff oder sonst zu ihm in örtliche Beziehung trat[27]).

Wie bei allen Blutrachevölkern, muss auch hier gegen solche Individuen Fürsorge getroffen werden, welche in der eigenen Familie sich als Schädlinge erwiesen; und wie bei anderen Völkern, findet sich auch hier die Institution, dass der Schädling als vogelfrei erklärt wird[28]).

Muhammed vermochte nicht die Blutrache aufzuheben; sie war zu sehr in den Gebräuchen der Geschlechter befestigt, und er selbst konnte bei Begründung seines Reiches der Geschlechter nicht entbehren. Sein Verdienst aber liegt in folgendem:

---

der Geschichte, Bd. V, 4. Vgl. ferner über das altarabische Blutracherecht Jacob, Arabisches Beduinenleben S. 144 f.

25) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 253.

26) Das Gräberasyl hängt mit dem altarabischen Totenkult zusammen, der so weit ging, dass man nicht nur dem Toten Opfer brachte, sondern sein Zelt über dem Grab aufschlug und so längere Zeit in der unmittelbaren Nähe des Verstorbenen verbrachte. Vgl. Goldzieher, Revue de l'hist. des relig. X, p. 332 f., 342 f.

27) Zeitschr. VIII S. 250, Jacob, Altarabisches Beduinenleben S. 60, 85.

28) Vgl. über alles dieses auch Procksch S. 3 f., 31, 33, 44.

1. Er setzte durch, dass die Blutrache nur gegen den Thäter, nicht auch gegen dessen Familie gerichtet wurde.

2. Von ihm ging der Unterschied zwischen absichtlicher, unabsichtlicher und halb absichtlicher Tödtung aus, in der Art, dass bei der ersten das Sühnegeld angenommen werden konnte, bei den anderen musste, und zwar wieder mit dem Unterschied, dass das Blutgeld im dritten Fall etwas höher war als im zweiten [29]). Daraus sind die Bestimmungen der Rechtsbücher entstanden, und so finden wir die Einrichtung noch bei Badjuri. Das gewöhnliche Sühnegeld beträgt 100 Kamele, das erhöhte unterscheidet sich von ihm dadurch, dass 40 der Kamele trächtig sein müssen [30]). Im Falle der absichtlichen Tödtung ist es Sache des Schuldigen selbst, das Sühnegeld aufzubringen, sofern der Verletzte es annehmen will; in den anderen zwei Fällen aber hat nöthigenfalls die Verwandtschaft, die Akila, es zusammenzuschiessen. Zur Akila gehören aber nicht Ascendenten und Abkömmlinge, sondern nur Seitenverwandte: Brüder und Vaterbrüder [31]).

§ 11.

Die Schafiiten nehmen an, dass, wenn mehrere zusammen einen Menschen getödtet haben, sie alle zusammen gestraft werden, weshalb der Bluträcher einen jeden tödten oder von jedem besonders das Sühnegeld annehmen könne. Umgekehrt soll, wenn Jemand mehrere Menschen getödtet hat, die Blutrache für den einen und das Sühnegeld für die übrigen genommen werden [32]). Diese Grundsätze stimmen nicht mit dem überein, was die Schiiten lehren, denn bei ihnen gilt der

---

[29]) Procksch S. 75, 85, 89.

[30]) Ueber das Sühnegeld der Christen und Juden s. oben S. 204. Die Summe (100 Kameele) ist schon altarabisch: sie war das auch sonst übliche Lösegeld, Jacob, Altarabisches Beduinenleben S. 137, 145.

[31]) Badjuri S. 771 f., 786.

[32]) Badjuri S. 776 f.

Grundsatz: Gleich für gleich, so dass also, wenn ein Mann durch mehrere getödtet worden ist, die Blutrache nur einmal ausgeübt werden darf[33]). Es ist dies eine Fortdauer alter Anschauungen und beruht wohl auf der Sure II, 173 des Koran, wo es heisst: Der Freie gilt für den Freien, der Sklave für den Sklaven, das Weib für das Weib[34]).

§ 12.

Die Theorie der Strafe wird bereits im Islam erörtert. Ihr Zweck ist entweder Abschreckung oder eine die Sünde sühnende Vergeltung (letzteres also in religiösem Sinne). Bei den Muslim soll die Strafe beide Zwecke verfolgen. Dagegen wird für die Nichtmuslim bloss der erste Zweck anerkannt: denn da sie im Jenseits doch verdammt seien, so hätte es keinen Zweck, irgend eine Sünde auszugleichen, um ihre Seelen zu erretten[35])! Als Zweck der Blutrache gilt Erhaltung des Lebens, d. h. die Abschreckung; denn wenn der Mensch wisse, dass er bestraft werde, enthalte er sich eines Verbrechens gegen das Blutrecht[36]). Man findet also auch hier die Theorie des psychologischen Zwangs.

§ 13.

Wie bereits früher bemerkt[37]), ist die Nothwehr vollkommen anerkannt. Wer in Nothwehr einen Angreifer tödtet, unterliegt weder der Blutrache, noch hat er Busse oder Schadenersatz zu leisten. Ebenfalls ist klar anerkannt, dass die Nothwehr nicht über das Maass hinausgehen darf: Nothwehrexcess entbehrt des Nothwehrschutzes. Als Nothwehr gilt auch die Vertheidigung eines anderen Menschen, seiner Habe

---

[33]) Zur Lehre von der Blutrache S. 15 f.

[34]) Vgl. über diese Sure auch Procksch S. 75.

[35]) Badjuri S. 815.

[36]) Badjuri S. 770.

[37]) Zur Lehre von der Blutrache S. 24.

oder seiner Familie[38]). Höchst interessant aber ist die folgende Satzung über Nothstand, die sich vollkommen mit der Bestimmung des § 904 B.G.B. deckt: Wenn ein Nothleidender einem anderen Lebensmittel wegnimmt, so muss dieser es sich gefallen lassen, er müsste denn in gleicher Nothlage sein. Ist er nicht in derselben Nothlage und verletzt er durch die Abwehr den Nothleidenden, so büsst er für diese Verletzung[39]). Vollkommene Straflosigkeit liegt vor im Fall des Wahnsinns und der Infantia; dagegen bei der Betrunkenheit nur dann, wenn sie in entschuldbarer Weise herbeigeführt worden ist[40]).

§ 14.

Merkwürdig ist, dass der Embryo bereits geschützt wird. Für die Tödtung eines Embryo ist ein Sklave oder eine Sklavin zu leisten; und zwar ist die Abtreibung strafbar, sowohl wenn sie von einem Dritten, als auch wenn sie von der Mutter selber herrührt. Ist die Mutter die Thäterin, so ist das Sühnegeld an die Akilaverwandten des Kindes zu entrichten[41]).

---

[38]) Badjuri S. 835.
[39]) Badjuri S. 836 f.
[40]) Badjuri S. 774, 775.
[41]) Badjuri S. 794 f.

X.

Gemeinderschaft und Familiengut im israelitischen Recht.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Im heutigen Palästina findet sich noch der Fall der Bodengemeinschaft: nicht als ob dort kein Privatland bestünde; wohl aber giebt es neben dem privaten Grundeigenthum noch öffentliches Land, Amirije, etwa entsprechend den Almendgütern Süddeutschlands, welches jedes Jahr in Loose getheilt und verloost wird; in der Art, dass zuerst grössere Massen als Einheiten ausgeloost werden, und diese sich wieder unter die Familien theilen; wobei das Land nach seiner Güte eingeschätzt wird und eine jede dieser Familien im guten, mittleren und schlechten Land ein Stück (in der Gemengelage) erhält [1]).

Solche Verloosung öffentlichen Eigenthums muss es auch im alten Palästina gegeben haben, und zwar galt hier ebenfalls, wie bei den Almendgütern, der Satz: das Loos kann nur dem Gegenwärtigen zugetheilt werden, denn das Land muss der Loosempfänger selbst bebauen und bewirthschaften: eine

---

[1]) Vgl. dazu Zeitschrift des deutschen Palästinavereins, IV S. 73 f. — Buhl, Soziale Verhältnisse der Israeliten, S. 57 f. — Cook, Laws of Moses p. 180 f., wo noch weitere Belege. — Ausserdem hatte ich mich des freundlichen Beirathes Gunkel's zu erfreuen.

Veräusserung oder Verpachtung des Looses ist ausgeschlossen. Daraus erklären sich Stellen, wie Jeremias 37, 12, wo es heisst, dass der Prophet aus Jerusalem ins Land Bethanien gehen wollte, um seinen Acker in Besitz zu nehmen unter dem Volk[2]). Mit Recht hat man auch die bildliche Ausdrucksweise des 16. Psalm: „das Loos ist mir gefallen aufs Lieblichste, mein Erbteil gefällt mir wohl", und bei Micha 2, Vers 5: „darum wirst du keinen haben, der die Messschnur zöge über ein Ackerloos in der Gemeinde Jahves", auf derartige Looszuweisungen zurückgeführt[3]).

§ 2.

Bezüglich des individuellen Grundeigenthums aber zeigt das israelitische Recht die alt verbreiteten Einrichtungen des Erbenretrakts und des Wiederkaufsrechts. Erbenretrakt ist die Gë'ulla. Wer ein Grundstück verkauft, soll es seinem nächsten Verwandten anbieten. Der Verkauf kann, nimmt man an, nur ein Act der Noth sein; der nächste Verwandte aber ist der Löser, der Goël, er hat das Recht und die moralische Pflicht, den Verwandten aus der Noth zu lösen, indem er das Land bezahlt und übernimmt und es dadurch der Familie erhält. Die Lösung heisst: Gë'ulla. In zwei Stellen findet sich dieses Lösungsinstitut erwähnt. Die erste Stelle ist 3. Mose 25, 25, welche Stelle allerdings gewöhnlich unrichtig übersetzt wird. Ihr Sinn ist der: wenn dein Bruder verarmt und etwas von seinem Landgut verkauft (verkaufen will), so soll sein Löser, der Verwandte, zu ihm kommen und den Verkauf (die zu verkaufende Sache) seines Bruders lösen[4]). Das will heissen: er soll rechtzeitig eintreten und durch den Kauf der Sache, welche in Gefahr steht, aus der Familie zu fallen, der Familie das Erbgut erhalten.

Eine zweite Stelle ergibt den bekannten Fall, wo Jeremia

---

[2]) Doch ist der Sinn der Stelle nicht sicher.

[3]) Vgl. Buhl S. 57 f.

[4]) Vgl. auch schon Buhl S. 61.

gefangen sitzt und sein Neffe Chanamel im Gefängnishof erscheint, ihm sein Grundstück anbietend, und wo dann Jeremia trotz der überaus gefahrvollen Zeitlage und der völligen Unsicherheit des Grundeigenthums das Gut löst und dafür 17 Silberlinge bezahlt, Jeremia 32, 6 f.[5]).

Für das Verwandtenvorkaufsrecht wird auch das 4. Capitel Ruth angerufen. Indess sind hier die Verhältnisse eigenartig. Der Rechtsstand ist folgender: Elimelech und Noomi, die von Bethlehem nach dem Moabiterland gezogen waren, haben zwei Söhne, Machlon und Kiljon, von denen der erste sich an Ruth, der letztere an Orpa verheirathet. Elimelech stirbt und ebenso beide Söhne; Noomi und die zwei Schwiegertöchter bleiben am Leben, und Noomi geht mit Ruth nach Bethlehem zurück. Hier in Bethlehem ist noch ein Erbacker, und darum handelt es sich. Man behauptet nun, dass dieser Erbacker dem nächsten Agnaten durch Noomi zum Vorkauf angeboten worden sei, allerdings nicht unmittelbar durch Noomi, sondern durch Vermittlung des Boas.

Dies würde aber voraussetzen, dass der Erbacker der Noomi gehört hätte, so dass diese die Eigenthümerin und Verkäuferin gewesen wäre. So verhält es sich aber nicht. Das Land des Elimelech ist an seine Söhne vererbt worden, und nach dem Tod seiner Söhne kommt es an deren Söhne oder an die Agnaten. Da die Söhne sohnlos gestorben sind, so handelt es sich nun darum, ob ihnen nicht nachträglich von ihren Frauen auf dem Niyoga-Wege, d. h. auf dem Wege der Leviratsehe Söhne nachgezeugt werden. Zu diesem Zwecke soll die Ruth sich mit dem nächsten Agnaten verehelichen. Eine Verehelichung mit einem Bruder ihres Mannes, die zunächst läge, ist undenkbar: Noomi erklärte ja, dass sie keinen Sohn mehr erhoffen könne, und auch wenn es so wäre, dies

---

[5]) Ueber die Gefangenschaft des Jeremias und die sie begleitenden Zeitumstände vgl. die glänzende Schilderung Renan's, Hist. du peuple d'Israel III p. 358 f.

doch so lange Zeit dauerte, dass Ruth darauf nicht zu warten vermöchte. Ruth muss also einen der Agnaten heirathen, und dessen Sohn wird dann Sohn des verstorbenen Mannes und bekommt damit auch das Erbgut. Von einer Verfügung der Noomi über dieses Gut ist daher keine Rede; man müsste denn annehmen, dass nach jenem Rechte die Mutter den Sohn, also Noomi den Machlon beerbt hätte, was vollkommen dem semitischen Rechte zuwider gewesen wäre, gar mit Rücksicht darauf, dass auf dem Wege der Leviratsehe dem verstorbenen Machlon noch ein Sohn nachgezeugt werden konnte. Und wenn die Noomi als eine mochera d. h. veräussernde (so ist statt machera zu lesen) in Bezug auf den Acker bezeichnet wird, so will das heissen: sie bietet den Acker feil, nämlich den Acker zugleich mit Ruth für einen künftigen Erbsohn.

Es wäre daher Sache des nächsten Agnaten gewesen, die Ruth zu heirathen und damit auch das Feld zu übernehmen. Dieser Agnat ist ein kluger Mann: er möchte das Feld, aber nicht die Ruth; er fürchtet sonst seinen Erbtheil zu „verderben". Das letztere will sagen: die Folge dieser Ehe wäre, dass der Sohn, mindestens der älteste, nicht ihm, sondern dem Verstorbenen angehörte und diesen beerbte, so dass, wenn es bei diesem ersten Sohn bliebe, er überhaupt keinen Erben hätte und sein eigenes Gut unvererbt wäre. Es ist dies dieselbe Befürchtung, die im indischen Rechte ausgesprochen wird; es ist ebenso, wie es in Manu heisst, dass derjenige, der auf solche Weise heirathet, unklug handle, weil er einen Sohn verliert und möglicherweise ohne eigene Söhne bleibt [6]). Nachdem auf diese Weise der nächste Agnat beseitigt ist, tritt Boas, der fernere Agnat ein, dem sich Ruth schon vorher in einer der damaligen Anschauung entsprechenden Weise als Weib angetragen hat: „Breite deine Decke über deine Magd, denn du bist der Erbe." Das Ausbreiten der Decke ist Zeichen der Ergreifung zur Ehe. Und so bekommt er Ruth und Erbacker

---

[6]) Manu III, 11 und die weiteren Stellen in Zeitschr. III S. 396 f.

Dabei kann allerdings nicht verschwiegen werden, dass das Verhalten des Boas uns etwas eigenartig vorkommt. Das erste Angebot, das er macht, hat den Anschein, als wolle er im Namen der Noomi das Feld allein zur Lösung d. h. zum lösungsweisen Erwerb bieten, und erst im zweiten Anlauf, nachdem der Erbe sich zum lösungsweisen Erwerb des Feldes bereit erklärt hat, rückt er mit dem „wenn" und „aber" heraus. Doch dies ist eine orientalische Art, sich dem Ziel schrittweise zu nähern, indem man das „wenn" und „aber" hintanschiebt. Solches gehört zur Psychologie des Orientes; jedes Land muss nach seinem eigenen Seelenleben beurtheilt werden, nicht nach dem unsrigen.

Bei dieser Gelegenheit findet sich auch die Ceremonie des Schuhausziehens und Schuhübertragens. Der nächste Agnat zieht seinen Schuh aus und übergiebt ihn dem Boas zum Zeichen, dass nicht er, sondern Boas das Haus des Bruders aufbauen solle [7]). Damit hängt die Chalizaceremonie zusammen, vgl. 5. Mose 25, 7 f., wo allerdings der Brauch einen eigenartigen, verletzenden Charakter annimmt.

§ 3.

Daneben bestand, falls das Grundstück keinen Löser fand und nun doch auf den Fremden überging, das altverbreitete Wiederkaufsrecht des Veräusserers; davon spricht 3. Moses 25, 26 f. Dieses Institut darf mit der vorigen Gë'ulla nicht zusammengeworfen werden. Das Wiederkaufsrecht hat der Verkäufer, und zwar bei Landgütern ohne weitere Beschränkung, bei Stadtgrundstücken innerhalb eines Jahres [8]).

---

[7]) Vgl. darüber auch Cook, Laws of Moses p. 209.

[8]) Das ist der geschichtliche Kern in 3. Mose 25, 26 f. Im Uebrigen ist hier das Institut des Wiederkaufs mit dem mythischen Halljahr in eine Verbindung gesetzt, aus der es die geschichtliche Forschung zu lösen hat.

§ 4.

Im Gegensatz zu diesen Einrichtungen steht das Institut des Sabbathjahres und des Hall- oder Jubeljahres[9]). Das letztere kann nun ganz ausgeschaltet werden, denn es ist wohl sicher, dass wir in den bekannten Stellen des priesterlichen Rechts ein der Zeit Ezechiels angehöriges Idealrecht, eine mythische Utopie zu erblicken haben, die niemals in die Praxis eingedrungen ist[10]); wobei allerdings Reminiscenzen an frühere Gemeinderschaftsverhältnisse mitgespielt haben werden, ganz ähnlich, wie wir dies aus der Geschichte des chinesisch-japanischen Rechts kennen. Das Sabbathjahr aber (das siebente Jahr) ist als Jahr der Brache zu denken, wo der Boden sich erholen soll; was nun der Boden in diesem Jahre freiwillig bietet, soll Gemeineigenthum werden, mit Rücksicht darauf, dass es ohne Arbeit wächst und müheloses Geschenk der Natur ist; ganz ähnlich wie in Deutschland die Einzelgrundstücke nach abgelaufener Cultur der gemeinen Weide dienten. Vgl. darüber namentlich 3. Mose 25, 21. Dieses Sabbathjahr scheint eine wirkliche Institution gewesen zu sein: es wird mehrfach erwähnt, allerdings mit dem Bemerken, dass vielfach das Volk die Einrichtung nicht gehörig beobachtet und namentlich der Reiche und Feldeigner sich so viel als möglich der Verpflichtung, das freie Erträgniss der Gesammtheit zukommen zu lassen, entzogen habe. Vgl. Nehemia 10, 32; 1. Maccab. 6, 49 und 53, 2. Chron. 36, 21 und die weiteren Stellen bei Renan III, S. 422. Noch in der Zeit der Mischna wurde diese Einrichtung befolgt, ja man glaubte, dass ein Brachjahr alle 7 Jahre nicht genüge[11]).

---

[9]) 3. Mose 25, 1 f.; 4. Mose 36, 4.

[10]) Vgl. hiermit Ezechiel 46, 17 und zum Ganzen Renan III S. 421 f.

[11]) Vgl. Vogelstein, Die Landwirthschaft in Palästina zur Zeit der Mischna S. 48 und die dort erwähnte Mischnastelle.

XI.

Das Recht der Stiftung bei den Griechen.

Von

Josef Kohler.

Die Arbeit Ziebarth's über griechisches Stiftungsrecht in dieser Zeitschrift XVI, S. 249 f., 470 f., welche es versucht, das Material recht vollständig zusammenzustellen, giebt die Möglichkeit, das griechische Stiftungsrecht wissenschaftlich nach allen Seiten zu prüfen und die Bedeutung dieses Rechtszweiges in den Zeiten des Aufblühens und des Zerfalls des Griechenthums zu erforschen. Das soll in Folgendem geschehen, und ich hoffe, dass noch anderweitige ausgezeichnete Beiträge derart es ermöglichen, dem hoch entwickelten griechischen Rechte die Stellung in der wissenschaftlichen Bearbeitung zu verschaffen, welche ihm sowohl kraft seines inneren Werthes als auch in Folge seiner ungeheuren Einwirkung auf die indogermanische Welt gebührt. Die Nummern im folgenden beziehen sich auf Ziebarth's Aufsatz und seine Nummerirung der Stiftungen.

I.

Charakter der Stiftung.

§ 1.

Die Stiftungen [1]) sind sämmtlich fiduciarische, d. h. sie bilden nicht selbständige juristische Persönlichkeiten, sondern

[1]) Vgl. über die Lehre auch Beauchet, Histoire du droit privé de la républ. d'Athénes III p. 37, 131, 706, wo aber die richtige Kategorie der fiduciarischen Stiftungen fehlt.

werden an eine bereits bestehende juristische Persönlichkeit angelehnt, so dass diese bestehende Persönlichkeit Trägerin der Stiftung wird. Meist geschieht die Anlehnung an eines der verschiedenen kleinen Staatswesen jener griechischen Zeit, was um so angemessener ist, als ein solches Staatswesen, indem es die Stiftung annimmt, zu gleicher Zeit ein Sondergesetz zu erlassen pflegt, wodurch es die Verhältnisse der Stiftung näher regelt. Daher tritt die Eigenthümlichkeit ein, dass die Bestimmungen über die Stiftungsverwaltung nicht durch privates Rechtsgeschäft, sondern durch ein Geschäft öffentlichen Rechts, durch eine lex specialis erfolgen, weshalb auch mitunter angeordnet wird, dass die lex specialis in die Gesetzsammlung aufgenommen werden soll; so Nr. 19 (Kerkyra). Da das Sondergesetz seine Autorität nicht in der Stiftung zu schöpfen braucht, sondern aus der staatlichen Gewalt hervorgeht, so ist das Staatswesen nicht durchaus an die Stiftungsangaben gebunden; es ist nur eine Sache der Pietät und Politik, dass man sich womöglich an die von dem Stifter gegebenen Normen anschliesst. Ein solches System hat allerdings die Misslichkeit, dass, wie das Gesetz überhaupt souverän ist, so möglicherweise dem alten Stiftungsgesetz ein neues nachgeschickt wird, welches das Vermögen ganz anderen Zwecken zuführt. Gegen diese Gefahr sucht man sich in der gleichen Weise zu wahren, wie sonst, wenn man missliebige Gesetze befürchtet; man erklärt derartige spätere Gesetze zum Voraus für nichtig, z. B. Nr. 30 (Eresos), oder bedroht denjenigen, der ein solches abänderndes Gesetz beantragt, mit schwerer Geldstrafe, so in Nr. 29 (Eretria) mit einer Geldstrafe von 60 000 Drachmen, oder man bedroht ihn mit öffentlicher Verfolgung u. a.

Auf der anderen Seite giebt diese Gestaltung der Sache dem Staat die Möglichkeit, besondere Strafnormen gegen diejenigen festzusetzen, welche sich an der Stiftung vergreifen oder ihren Zwecken zuwider handeln. Sehr häufig ist insbesondere die Vorschrift, dass die Untreue gegen Stiftungs-

vermögen wie eine Untreue gegen den Staat geahndet wird, so Nr. 19 (Kerkyra); oder sie wird wie eine Tempelverletzung bestraft, so Nr. 17 (Stiftung des Attalos) und Nr. 5 (Teos)[2]), oder als Majestätsverbrechen, so Nr. 59 (Kibyra). Auch wird bestimmt, dass der Zuwiderhandelnde einer hohen Geldstrafe verfallen solle und dass ein jeder das Recht habe, die Strafsumme einzuklagen, — also Popularklage; so Nr. 3, so Nr. 5 (Teos), so 21 (Lampsakos), so 28 (Mykene). Solche Geldstrafen fallen an die Stadt oder an ein Heiligthum oder auch an den Kaiser, vgl. Nr. 3, 40, 49.

Es ist trotzdem nicht ausgeschlossen, dass die Gemeinde den Stiftungszweck ändert, so Nr. 40, oder den Zweck erst bestimmt, während das Stiftungsgeschäft selber den Zweck nur im Allgemeinen angedeutet hat, so Nr. 41.

§ 2.

Die Stiftung kann auch an Vereine angelehnt werden, vgl. Nr. 91; hier ist natürlich von einer lex specialis des bedachten Vereines nicht die Rede. Der Verein kann eine Stiftung annehmen und kann in Bezug auf ihre Verwaltung Bestimmung geben, aber nur auf Grund der vorhandenen gesetzlichen Normen. Dass man sich möglichst den Bestimmungen der Stadtgemeinden anschloss, entspricht der griechischen Gewohnheit[3]). Der Verein kann auch Familienverein sein, so insbesondere Nr. 13 (Halikarnass). Auch eine Philosophenschule kann es sein, die einen ständigen Vereinsverband bildet.

Eine Vereinsstiftung kommt mitunter der unabhängigen Stiftung nahe, sofern nämlich nicht ein bereits vorhandener Verein als Träger der Stiftung bezeichnet, sondern die Bildung eines neuen Vereins vorgesehen wird, dem dann die Stiftung angegliedert werden soll. Hier kommt selbstverständlich die Stiftung nur dann zu Stande, wenn auch der Verein

---

[2]) Vgl. darüber auch Ziebarth im Hermes XXX S. 58, 66, 68.

[3]) Vgl. Ziebarth im Hermes XXX S. 69.

zu Stande kommt, so Nr. 12: die Stiftung steht also einstweilen in der Luft; der Verein bildet sich, und an ihn lehnt sich die Stiftung an, die vom Verein angenommen und in seine Verwaltung gestellt wird. In der That wird daher auch hier die Stiftung mit einem (zur Zeit der Stiftungswirksamkeit) bestehenden Verein verknüpft.

Nicht selten sind auch Zunftvereine Träger einer Stiftung, namentlich in der späteren Zeit, vor allem in Hierapolis Nr. 73, ferner Nr. 77.

§ 3.

Die fiduciarische Stiftung bedarf der Annahme durch die juristische Person, der sie angegliedert wird; denn es muss einer jeden Person anheim stehen, sich zu entschliessen, ob sie noch Trägerin eines weiteren Vermögens sein will oder nicht: es bedarf daher der Annahme durch das Gemeinwesen oder durch den Verein. Die Annahme geschieht durch Beschluss, so Nr. 32 (Ilion), 44 (Deuriopos). Manchmal wird die Annahme in besonderer Form kundgegeben, z. B. durch Eingrabung in die Tempelmauer Nr. 16 (Delphi); mitunter erfolgt sie auch stillschweigend dadurch, dass man einfach die Stiftung organisirt, so Nr. 19 (Kerkyra). Natürlich ist es auch bei Vereinsstiftungen Sache des Vereins (des bereits vorhandenen oder des neu gebildeten), die Annahme der Stiftung zu erklären, so Nr. 11 und 12.

§ 4.

Dem fiduciarischen Charakter der Stiftung entspricht die Bestimmung, dass das Stiftungsvermögen, im Falle der Nichterfüllung, der juristischen Person entzogen wird, so dass entweder die Stiftung ganz aufhören oder einer anderen Persönlichkeit angegliedert werden soll. Eine Aufhebung der Stiftung in der Art, dass das Vermögen an den Stifter oder seinen Erben wieder zurückfällt, zeigt uns Nr. 19 (Kerkyra), 20 (Leukas); die Angliederung an einen anderen Verband aber

zur Strafe des erstbedachten Verbandes findet sich namentlich in Hierapolis, Nr. 73 und 77, aber auch schon in Nr. 43 (Gytheion).

II.

Stiftungszwecke.

Die Zwecke der Stiftung sind vor Allem religiöse oder religionsverwandte Zwecke, so 1. Gedächtnisszwecke, namentlich Grabspenden, 39 (Jasos); Grabschmuck, Nr. 89 (Rosenbekränzung), 91, 73 (Stiftungen zu Hierapolis), 74 (Laodicea); sodann Gedächtnissfeiern, Nr. 11, insbesondere Feier des Geburtstages des Stifters, so Nr. 56, 58, oder des Kaisers Nr. 48; (Chios), 50 (Teira), 52 (Nysa); oder es sind 2. sonstige religiöse Bethätigungen, namentlich Opfer, so Nr. 1 (Delos), 9, 10 (Thera), 13 (Halikarnass), 16 (Delphi), 26 (Piräus), 27 (Opus), 32 (Troja), 37 (Comagene), 54 (Baindir); oder es sind 3. religiöse Feierlichkeiten, so Nr. 21 (Lampsakos), so Feier der Dionysien unter Anwerbung von Künstlern, Nr. 19 (Kerkyra), oder 4. Anschaffung von Weihegeschenken, so Nr. 64.

Aber auch weltliche Zwecke werden in den Stiftungsbereich eingezogen, namentlich 1. Bildungszwecke; so der Unterricht, Nr. 17, musische Wettkämpfe, 65, 66, 68, Festspiele, 38, Salböl für die Gymnasien, 29, 84, 90, Unterhalt von Philosophenschulen, 22, 23, 24. Aber auch 2. Einrichtung und Erhaltung von Bauwerken gehört hierher, so Nr. 2 (Keos), 7, 53 (Assos), so auch die Erhaltung der Stadtmauer und der Befestigungswerke, 92; sodann 3. Ausstattung verschiedener Aemter, so Nr. 59 (Kibrya), 69 f., 88; aber es gibt auch 4. Stiftungen mit Geldvertheilung zum Zweck wirthschaftlicher Besserstellung gewisser Volksklassen, wobei nicht selten die Betheiligten durch das Loos auszuwählen sind, so Nr. 49 (Ephesos), 57, 60 (Aphrodisias), 61, 62, 63, 64, 81 (Patara).

III.

Stiftungsgeschäft.

§ 1.

Das Stiftungsgeschäft wird entweder durch Testament errichtet, so in dem Fall Nr. 12, 16 (Delphi), 36 (Pergamon), 43 (Gytheion); oder es erfolgt durch Urkunde unter Lebenden, so Nr. 19 (Kerkyra), 35 (Amorgos, hier Verfügung unter Lebenden und Testament), 39 (Jasos); ja, es kommt auch vor, dass die Stiftung nur während Lebzeiten des Stifters bestehen soll, so 54 (Baindir). In späterer Zeit erfolgt die Stiftung unter Lebenden in öffentlicher Urkunde vor Archivbeamten, so Nr. 73; vielleicht auch schon früher, da vielleicht schon in der Blüthezeit des attischen Rechts die Schenkungen öffentlich eingetragen wurden[4]).

§ 2.

Die Vermögenszuwendung geschieht entweder im Capital oder in Rente; beides ist allerdings oft praktisch schwer auseinander zu halten, da auch die Capitalzuwendung häufig in der Art stattfindet, dass das Capital unangetastet erhalten bleiben muss, so dass der Stiftung nur die Zinsen zu gute kommen. Es müsste hier immer im einzelnen Fall untersucht werden, ob der Gedanke so ausgestaltet ist, dass das Capital nicht der Stiftung, sondern dem Erben oder einem Dritten zugehören soll, oder so, dass es der Stiftung selbst als unbewegliches und unveräusserliches Vermögen zukommt, was überall da von Bedeutung wäre, wo die Stiftung zusammenstürzte: im ersten Fall würde dann das Capital freies Gut des Erben oder des Dritten, im zweiten Fall wäre es Stiftungsgut, das demjenigen zufiele, der das in Erbgang kommende Stiftungsvermögen ererbte. Wann das eine oder andere in dem einzelnen Fall anzunehmen ist, das zu untersuchen, ist nicht Sache des

---

[4]) Beauchet III p. 343; Keil, Anonymus Argentinensis (1902) p. 192.

Historikers. Capitalstiftungen mit Geldcapital sind z. B. die Stiftungen Nr. 17, 43 (Gytheion), 48 (Chios), 49 (Ephesos); Grundstückscapitalien werden gestiftet in Nr. 4 (Kos), 6, 15 (Aigosthena), 16 (Delphi), 22, 50 (Teira), 52 (Nysa), 53 (Assos), 82 (Thyatheira); Rentenstiftungen sind beispielsweise gegeben in Nr. 12 (mit Hypothekendeckung), in Nr. 13 (ebenfalls mit Hypothekendeckung), in 37 (Ertrag von Dörfern), 54 (Fabrikeinkünfte), manchmal auch so, dass der Stiftung zuerst bloss Zinsen und dann erst das Capital zukommen soll, so 49 (Ephesos).

Nicht selten wird bestimmt, dass die Zinsen so lange admassirt werden sollen, bis eine genügende Summe vorhanden ist, so 65, 67.

IV.

Stiftung als abhängige Persönlichkeit. Wirksamkeit.

§ 1.

Bereits oben wurde bemerkt, dass die Verwaltung des Stiftungswesens vielfach durch Einzelgesetze geregelt wurde. Gewöhnlich haben die Verwalter, die ἐπιμεληταί oder ἐπίσκοποι den doppelten Zweck zu erfüllen, das Vermögen zu verwalten und die Stiftungsaufgaben auszuführen. Sie erhalten hierfür vielfach ein Honorar, haben Rechnung abzulegen, einen besonderen Eid zu leisten und werden für etwaige Zuwiderhandlungen bestraft; vgl. beispielsweise Nr. 9, 17, 21 (Lampsakos). Dies gilt auch, was die Besorgung der Opfer, d. h. die Erfüllung des Stiftungszweckes betrifft, Nr. 17. Nicht selten werden aber für die Erfüllung der Stiftungszwecke besondere Beamte bestimmt, z. B. Nr. 19 (ein Beamter, der den Verkehr mit den Künstlern besorgt) u. a.

Bei Vereinen dagegen entscheidet über die Verwaltung die Stiftungsurkunde, eventuell das allgemeine Recht. Regelmässig sind natürlich die Vereinsvorsteher Leiter der Stiftung, so Nr. 11; bei Familienstiftungen der Familienälteste, Nr. 23 (Stiftung des Lykon). Der Verwalter, obgleich einer Privat-

stiftung, steht bisweilen schon in älterer Zeit unter öffentlicher Controlle, so Nr. 13 (Halikarnass).

In der Kaiserzeit kam die Verwaltung öffentlicher Stiftungen an kaiserliche Beamte (λογισταί), so Nr. 65; aber auch andere Stiftungen wurden durch öffentliche Beamte überwacht: namentlich kam es vor, dass der Stifter selbst eine öffentliche Controlle beantragte und dadurch die Stiftung unter staatlichen Schutz stellte; so Nr. 84.

§ 2.

Die richtige Wirksamkeit der Stiftung wird häufig durch Strafclausel gesichert. Entsprechend dem Obigen haben die Strafclauseln des Stifters eine verschiedene Bedeutung. Handelt es sich um eine Stiftung zu Gunsten eines Staatswesens, das sich selbst die Norm giebt, dann hat die Bestimmung des Stifters nur die Bedeutung, der Stadt zu erklären, dass er eine Strafclausel im einzelnen Fall wünsche: die entscheidende Strafbestimmung erfolgt sodann durch lex specialis des Gemeinwesens; man vgl. in dieser Beziehung Nr. 39 (Jasos); ähnliches ist aber auch im Falle Nr. 43 anzunehmen (Gytheion): hier heisst es, dass gegen die säumigen Beamten eine Popularklage statthaft sei und zwar eine Popularklage bei der Nachbarstadt Sparta: es ist anzunehmen, dass hier die Nachbarstadt, dem Willen des Erblassers entsprechend, die Verordnung gab, dass bei ihr eine Popularklage mit Erfolg angestrengt werden könne: die Wirksamkeit der Popularklage in Sparta beruhte auf lex specialis der Stadt Sparta [5]).

Auch das kommt vor, dass die Strafe an den Stifter zu zahlen ist, solange er noch lebt, und hierbei findet sich auch die Executivclausel [6]), Nr. 39 (Jasos).

---

[5]) Im Uebrigen vgl. über die Popularklagen (meist mit Delatorenprämie: die Hälfte, ja Dreiviertel der Strafsumme) die vortrefflichen Ausführungen von Ziebarth in Hermes XXXII S. 624 f.

[6]) Die Clausel καθάπερ ἐγ δίκης. Hierüber vgl. namentlich Recueil des inscriptions juridiques grecques p. 332 f.; Brassloff, Zur Kenntniss des Volksrechtes in den romanisirten Ostprovinzen S. 2 f.

XII.

Aus dem malayischen Recht.

Von

Josef Kohler.

I.

§ 1.

Ueber die malayischen Rechtsverhältnisse haben wir bekanntlich die ausgezeichneten Untersuchungen von Wilken und Riedel, auf welche ehedem in dieser Zeitschrift aufmerksam gemacht worden ist [1]). Unterdessen sind wieder reiche Materialien beigebracht worden, welche das dort Gegebene bestätigen und erweitern. Ganz besonders interessant sind die Familienverhältnisse; denn gerade bei den Malayen haben wir Mutterrecht und Vaterrecht, und hier können wir die Uebergänge besonders genau verfolgen.

Mutterrecht und zwar exogames Mutterrecht haben bekanntlich die Menankabaus auf Sumatra. Hierüber haben wir neuerdings Mittheilungen von van Eerde in der Tijdschrift 44 [2])

---

[1]) Vgl. meine Abhandlung über die Ehe mit und ohne Mundium Zeitschr. VI S. 321 f.

[2]) Citirt werden folgende holländische Zeitschriften: die Tijdschrift voor Indische Taal-, Land- en Volkenkunde in Batavia (als Tijdschrift), die Bijdragen voor de Taal-, Land- en Volkenkunde van Nederlandsch Indië (Bijdragen), ferner die Zeitschrift der Aardrijkskundige Genootschap, die Zeitschr. f. Nederlandsch Indië und der Indische Gids.

S. 387 f. Bei ihnen leben die verschiedenen Schwestern mit den Brüdern zusammen, und die Kinder folgen dem Stamme der Mutter. Der Mundwalt der Kinder ist der Mutterbruder, vgl. S. 392, 397. Er verheirathet die Mädchen, doch scheint jetzt allmählich auch der Vater dabei eine Stimme erworben zu haben; vgl. S. 397, 403. Die Stämme (Sukus) sind exogam. Die Ehe ist womöglich eine exogame Cousinehe; aber auch wo die Cousinehe nicht erfolgt, weil sich eine taugliche Partie in dieser Beziehung nicht finden lässt, muss man seine Frau aus dem anderen Suku nehmen.

Die Strafe für die Verletzung der Exogamie ist Geldbusse, etwa 20 Gulden, Eerde S. 393.

Uebrigens zeigt sich hier bereits eine Hinneigung nach dem Vaterrecht. Schon oben wurde betont, dass auch dem Vater eine gewisse Stimme bei der Verfügung über das Kind gewährt wurde. Ausserdem wird berichtet, dass es Fälle giebt, wo die Frau nicht in ihrer Familie bleibt, sondern dem Manne folgt, S. 404.

Die Verhältnisse sind dieselben, wie sie schon vor 30 Jahren Verkerk Pistorius in seinen „Studien over de inlandsche Huishouding in de Padangsche Bovenlanden“ berichtet: In den grossen kasernenartigen Wohnungen weilen die Schwestern und Brüder zusammen, und zwar die verheiratheten Schwestern mit ihren Kindern. Der Mann lebt mit seinen Brüdern und Schwestern und deren Kindern in seiner Familie. Das Haupt des Ganzen ist regelmässig der älteste Bruder von Mutterseite, der Mamak; nur wenn keine Brüder mehr vorhanden sind, der älteste Sohn, und wenn dieser minderjährig ist, die Mutter; und nur wenn etwa auch die Mutter gestorben ist und die Kinder minderjährig sind, dann tritt der Vater in die Herrschaft der Familie ein. So ist auch das Vermögensgut der Familie, das harta pusaka (das Stammgut), dem Mutterrechtshause verfallen, und es darf nicht aus dem Mutterhause herauskommen: es darf höchstens im Falle der Noth verpfändet und nur in allerhöchster Noth veräussert werden. Die Errungenschaft

aber, das harta pentjarian, ist frei verfügbar: es vererbt sich natürlich auch nach Mutterrecht; allerdings kann der Vater den Kindern Schenkungen machen, doch nur mit einer gewissen Discretion; denn wenn er diese Schranken übertritt, dann wird nach seinem Tode den Kindern wieder das Geschenkte weggenommen. Vgl. hierüber S. 39 f., 44, 45 f.

Dem Mutterrecht scheinen die Tenggeresen auf Java anzugehören, von denen uns Kohlbrugge in den Bijdragen 53 S. 85 f. einiges mittheilt. Der Ehemann zieht zu den Schwiegereltern und dient dort. An ihn und die Frau fällt der Nachlass. Ein Frauenpreis wird nicht bezahlt. Das Erbe fällt an die Kinder und zwar, wie anzunehmen ist, nicht, sofern sie Kinder des Mannes, sondern sofern sie Kinder der Frau sind und daher der Familie angehören, welcher das Erbe zusteht, so S. 122.

Bei manchen vaterrechtlichen Stämmen, wie bei den Battaks, ist noch der Rest des Mutterrechts geblieben, dass der mütterliche Ohm bei der Verheirathung der Nichte einen Theil des Frauenpreises bekommt, den Upa tulang[3]).

§ 2.

Der Uebergang zum Vaterrecht ist, soweit nicht etwa, wie bei den Atjehern, fremde Einflüsse anzunehmen sind, regelrecht durch den Frauenraub und Frauenkauf bewirkt worden. Der Frauenraub kommt noch vielfach vor, selten gegen den Willen der Frau, vielfach aber mit ihrer Einwilligung, als freiwillige Entführung, nicht selten allerdings auch unter Connivenz der Familie der Braut; dann nämlich, wenn man die Kosten einer normalen Ehe sparen will, oder wenn der Vater sich bereit zeigt, die Frau zu einem geringeren als dem gewohnheitsmässigen Frauenpreis abzugeben, jedoch dies öffentlich nicht zeigen möchte, um dem Adat nicht zu trotzen. Vgl. darüber Hissink (Ueber die Lamponger) in Tijdschrift 47

---

[3]) Vgl. Meerwaldt, Bijdragen 41 S. 204.

S. 148 f. Die Raubehe hat hier noch einen besonderen Namen und heisst Kawin nakat; vgl. ebenda S. 132.

Aus der Raubehe ist dann in gewöhnlicher Weise die Kaufehe geworden; und wie die Kaufehe mit dem Vaterrecht zusammenhängt, ist bei den Malayen greifbar, da ja gerade hier Ehen verschiedenen Charakters vorkommen, Ehen nach Vaterrecht, Ehen nach Mutterrecht, Mischehen, je nachdem der Frauenpreis ganz oder theilweise oder auch gar nicht bezahlt wird; auch Ehen, die mit Mutterrecht beginnen und nach Zahlung des Frauenpreises zum Vaterrecht übergehen. Darüber ist bereits in dieser Zeitschrift VI, S. 331 f., ausführlich die Rede gewesen; viele neuere Mittheilungen aber haben es des Weiteren bestätigt, und darum soll weiter darauf eingegangen werden. Der Frauenpreis hat die verschiedensten Namen, hantaran, auf Java hukon, auf Sunda panjangtjan[4]) u. s. w.

Zu den Malayen, welche das Vaterrecht in stärkster Weise entwickelt haben, gehören die Battaks[5]), über welche wir neuerdings verschiedene Nachrichten erhielten, einmal von van Dyk in der Tijdschrift Bd. 38 S. 296 f., sodann von Meerwaldt, ebenda 37 S. 513 f. Es zeigt sich auch hier sehr deutlich, wie sich das Vaterrecht aus dem Frauenraub und Frauenkauf entwickelt hat. Die Battaks sind, wie die sonstigen Malayen, in Geschlechter getheilt, Marga (S. 296). Die Geschlechter sind exogam[6]). Die Kinder gehören dem Marga des Vaters an; der Sohn beerbt den Vater, S. 297. Der Grund ist aber einleuchtend: die Ehe wird abgeschlossen durch Frauenkauf, und dieser führt das Vaterrecht herbei, S. 297, 535; der Kaufpreis heisst tuhor[7]), boli, sinamot[8]). Auch

[4]) Vgl. dazu van den Berg, Bijdragen 41 S. 457.

[5]) Zeitschr. VI S. 333.

[6]) Willer, Battaksche Wetten (1846) S. 30.

[7]) Willer S. 33 f., 170 f. Es wird gewöhnlich so viel bezahlt, als für die Mutter bezahlt worden ist; im Uebrigen entscheidet der Stand.

[8]) Meerwaldt in Bijdragen 41 S. 204.

der Frauenraub kommt vor als freiwillige Entführung, aber auch hier vielfach unter Zustimmung der Eltern, um die grossen Kosten der Hochzeitsfeierlichkeiten zu sparen.

Die stark patriarchale Durchführung der Familie bringt es mit sich, dass die Wittwe vererbt wird. Sie gehört dem Käufer und er vererbt sie mit dem übrigen Nachlass, S. 297 [9]). Das gilt namentlich von der kinderlosen Wittwe. Will sie in ihre Familie zurück, so muss sie zurückgekauft, d. h. der Kaufpreis zurückgezahlt werden; sonst kann sie der Bruder des Mannes heirathen oder sie kann auch wiederum an Dritte weiter verkauft werden, S. 538. Hat sie Söhne, so lässt man dieses letztere allerdings nicht zu.

Der Kaufehe entsprechen auch die Grundsätze über die Scheidung. Die Frau kann regelmässig den Mann nur dann verlassen und zu ihrer Familie zurückkehren, wenn der Frauenpreis zurückgezahlt wird, S. 539; und hat der Mann besondere Gründe, die Frau zu verstossen, so kann er gleichfalls den Frauenpreis zurückverlangen, S. 539.

Ihr entsprechen auch die Grundsätze über Haftung. Ist noch kein tuhor bezahlt, dann haften weder Frau noch Kinder für die Schulden des Mannes. Ist mindestens die Hälfte bezahlt, dann haften zwar die Kinder durchaus, die Frau aber nur für die bürgerlichen, nicht für die strafrechtlichen Schulden [10]).

Namentlich von den Tobabattaks stehen uns ausführliche Mittheilungen zu Gebote von Warneck in den Bijdragen 53 S. 532 f. Auch hier wird der Frauenkauf bestätigt: der Frauenpreis (boli) beträgt 50—1000 Thaler; er fällt an den Mundwalt, der aber einen Theil an die Verwandten abzugeben hat. Auch hier kommen Kinderverlobungen, ja Verlobungen von Ungeborenen vor, vgl. S. 533, und auch hier finden sich die bekannten Verhältnisse, dass, wenn die Frau sohnlos stirbt,

---

[9]) Willer S. 37; Meerwaldt in Bijdragen 41 S. 201.
[10]) Willer S. 29.

der Kaufpreis zurückzuzahlen ist, weil die Frau ihre Bestimmung nicht erfüllt habe; an Stelle dessen kann auch eine andere Frau, z. B. eine Schwester gegeben werden, vgl. S. 535. Ebenso finden wir die häufige Bestimmung, dass, wenn bei der Ehescheidung die Frau Schuld hat, der Frauenpreis dem Mann zurückzuzahlen ist, während, wenn der Mann schuldig ist, nur eine theilweise Rückzahlung erfolgt, und das erst, wenn die Frau wieder verheirathet wird und auf diese Weise ein zweiter Frauenpreis zu Gebote steht; so S. 536 f. Ebenso fällt auch hier die Wittwe an die Familie des Mannes, welche sie weiter verkaufen oder (durch eines ihrer Mitglieder) heirathen kann. Interessant ist, dass, wenn ein Verwandter sie heirathet, er einen Theil, aber auch nur einen Theil des sonst üblichen Frauenpreises zu bezahlen hat: er zahlt um so weniger, je näher er verwandt ist, so S. 540 f. Bei einem Stamm lässt sich auch die Leviratsehe in der Art nachweisen, dass das vom zweiten Mann herrührende Kind dem verstorbenen Mann zukommt, S. 542. Wie bei den übrigen Vaterrechtsvölkern findet sich auch hier die Entführung, und zwar namentlich als freiwillige Entführung, die später in der Art begütigt wird, dass der Frauenpreis (boli) nachträglich entrichtet wird. So S. 534 f.

Dass auch auf den Aru- und Keiinseln der Frauenkauf und entsprechend die Vaterrechtsehe stattfindet, ergiebt sich bereits aus früheren Forschungen. Es wird auch erwiesen durch Hoëvell in Tijdschrift 33 S. 83 f. Der Kaufpreis heisst auf Aru harta, er beträgt von 800—1000 Gulden: gewöhnlich wird für die Tochter so viel bezahlt, wie ehemals für die Mutter; während auf den Keiinseln, S. 102 f., 124, der Preis 300—800 Gulden beträgt. Ueber die letzteren wird auch berichtet, dass die Frau den Stamm verlässt und zum Mann geht, wenn mindestens zwei Drittel bezahlt sind. Auch der Raub kommt bisweilen vor, so S. 125. Auf beiden Inseln ist die Erbfolge eine Sohneserbfolge und fällt die Wittwe in den Nachlass des Mannes, d. h. regelrecht an seinen Bruder, S. 84,

125 [11]). Während der Ehe ist das Recht des Mannes so streng, dass er (wenigstens früher) im Falle des Ehebruches ein Tödtungsrecht hatte, S. 84. Dem Frauenkauf entspricht auch die hier wie sonst so häufige Kinderverlobung, S. 84. Ja, man verlobt sogar die Ungeborenen für den Fall, dass sie dem entsprechenden Geschlecht angehören, so S. 125.

Die Vaterrechtsehe findet sich auch bei den Mangarai auf West Flores. Der Frauenpreis kommt an die Eltern der Frau, wird aber theilweise unter die Familie vertheilt. Das Erbrecht ist patriarchalisch: es erben Kinder, Bruder und Frau. Patriarchalisch ist auch die Benennung der Kinder nach Vater oder Grossvater [12]).

Auch auf Solor findet sich das Vaterrechtssystem, ebenso auf Timor, mit Brautschatz, Leviratsrecht und Rückzahlung des Brautschatzes bei Ehescheidung [13]).

§ 3.

Dass bei manchen Völkern, neben der Vaterrechtsehe, noch die Mutterrechtsehe besteht, ist bekannt. Sie tritt ein, wenn der Frauenpreis nicht erlegt werden kann. So bei den bereits erwähnten Battaks. In solchem Falle kommt dann der Mann in die Familie der Frau und hat hier wie ein Knecht zu dienen [14]). Doch ist dieses Verhältniss vielfach kein dauerndes: gewöhnlich kommt es vor, dass der Mann in einer bestimmten Zeit die Summe abverdient, so dass dann die Ehe in die Vaterrechtsehe übergeht [15]).

Auch anderwärts findet sich die zweifache Eheform; so auf Westtimor. Wenn der Bräutigam keinen Frauenpreis (naitinonis) bezahlt, so folgt er dem Stamme der Braut. Anders beim Zahlen des Frauenpreises. Dies zeigt sich dann auch

---

[11]) Vgl. auch Pleyte in der Aardrijksk. Genootsch. II Serie 10 S. 814.

[12]) Meerburg in Tijdschrift 34 S. 465, 466.

[13]) Ten Kate in Aardrijksk. Genootsch. II Serie 11 S. 243, 343.

[14]) Meerwaldt in Tijdschrift 37 S. 536.

[15]) Meerwaldt S. 537. Vgl. auch Zeitschr. VI S. 334.

bei der Ehescheidung. Bei der Vaterrechtsehe, also wenn ein Frauenpreis bezahlt wurde, ist der Frauenpreis zurück zu erstatten, sobald die Schuld an der Frau ist; aber auch beim Tod der Frau wird unter Umständen wenigstens ein Theil zurückgegeben. Bei der Ehe nach Mutterrecht dagegen hat der schuldige Mann an die Frauenfamilie etwas zu entrichten, während, wenn die Frau schuld ist, sich einfach der Mann von der Familie trennt, ohne dass er etwas von Vermögen oder von Kindern verlangen kann [16]).

Auch von den Keiinseln, von denen S. 236 gehandelt wurde, haben wir den Bericht, dass, wenn kein Brautschatz bedungen oder der Brautschatz nicht bezahlt wird, die Ehe eine Ehe nach Mutterrecht ist, so dass Vermögen und Kinder der Mutterfamilie angehören, was namentlich eintritt, wenn die Frau eine Erbtochter ist [17]).

Auch die Toradjas haben beide Ehearten, die sich wiederum durch Zahlung oder Nichtzahlung des Frauenpreises kennzeichnen. Regelmässig ist die Ehe Frauenraub oder Frauenkauf, Frauenkauf unter Ausführung von Bräuchen, die auf den ehemaligen Frauenraub hindeuten [18]). Dass aber auch die mutterrechtliche Form vorkommt, beweist die Bemerkung Kruijts S. 81, wonach, wenn der Frauenpreis nicht bezahlt wird, die Kinder desselben Vaters nicht als Geschwister gelten, sondern als Fremde: sie gelten nicht als Geschwister, weil sie gesetzlich nicht als Kinder des Ehemannes betrachtet werden. Dies ergiebt sich auch aus Andriani in der Tijdschrift 44 S. 215 f., wo mitgetheilt ist, der Mann wohne im Haus der Frau und bei den Ihrigen; der Brautschatz sei sehr gering und werde nicht als Kaufpreis aufgefasst, S. 238. Offenbar ist hierunter eine, neben der (durch Frauenkauf begründeten) Vaterrechtsehe bestehende, Mutterrechtsehe verstanden.

---

[16]) Vgl. darüber Riedel, Geographische Blätter X, Heft 4, S. 281 f.
[17]) Pleyte in Aardrijksk. Genootsch. II, Serie 10, S. 807 f., 814 f.
[18]) Vgl. Kruijt in der Tijdschrift 41 S. 81 f., 88 f.

Besonders deutlich werden die verschiedenen Eheformen bei den Lampongern in Kroë geschildert. Man unterscheidet hier die eigentliche Kaufehe mit djudjur, d. h. vollem Frauenpreis, der sich nach dem Stand der Frau richtet und zwar in der Art, dass die verschiedenen Rangstufen jeweils ihre ganz bestimmten Preissätze haben: djudjur agong = 500 bis 1000 fl., djudjur tengah = 300 fl., djudjur renik = 200 fl. Im Gegensatz dazu stehen die Ehen mit Mutterrecht, wo der Mann völlig in die Familie der Frau übergeht, so dass die Kinder dieser gehören; das ist die tjambar sumbei-Ehe. Eine besondere Art ist das membajar hutang, wo die Ehe dadurch veranlasst wird, dass der Schwiegervater den Mann von Schulden löst und auf Grund dessen ihn als Schwiegersohn in das Haus bekommt. Eine einstweilige Mutterrechtsehe liegt vor als iring beli, wenn der versprochene djudjur vorerst noch nicht bezahlt, die Bezahlung aber vorbehalten wird. Eine Minderung des Mutterrechts ist die semendo mentjantjan mulan-Ehe: hier giebt der Mann eine kleine freiwillige Gabe (antaru); dafür soll eines der Kinder der Familie des Mannes angehören; ein solches erbt dann nicht in der Ehe, sondern in der von der Ehe getrennten Vaterfamilie.

Zwischen diesen beiden Grundformen steht als Vermittelung das semendo radja radja, wo nur ein Preis von 40—100 Gulden (antaran) bezahlt wird, die Ehegatten einander ziemlich gleich stehen und im väterlichen oder mütterlichen oder eigenen Hause wohnen können.

Entsprechend sind die Kinder- und Güterverhältnisse ganz verschieden. Bei der djudjur-Ehe gehören natürlich die Kinder dem Mann und ebenso das Errungenschaftsvermögen (das harta pentjarian), so dass die Frau nur ihr voreheliches Vermögen (harta penantian) erhält, das sie seiner Zeit an die Töchter vererbt; während bei semendo radja radja zwar jeder Ehegatte sein voreheliches Vermögen behält (der Mann das harta pembudjangan, die Frau das harta penantian), die Errungen-

schaft aber (das harta pentjarian) zu halb und halb getheilt wird; den Kindern aber wird ein Wahlrecht zugestanden, ob sie der väterlichen oder mütterlichen Familie angehören wollen. Bei der Mutterrechtsehe natürlich gehören die Kinder der Familie der Frau und ebenso das Vermögen, namentlich das harta pentjarian, weshalb denn auch, wenn ein Mann in eine solche Ehe tritt, sein unbewegliches Vermögen sofort an seine Erben fällt, denn er soll es nicht in die Familie der Frau einbringen.

Entsprechend sind natürlich auch die Verhältnisse bei Tod des einen Ehegatten und bei der Ehescheidung verschieden. Bei der djudjur-Ehe wird angenommen, dass der djudjur im Falle der Ehescheidung zurückzuzahlen ist, jedoch so, dass für jedes Kind $^1/_{20}$ zurückbehalten wird. Natürlich gehört die Wittwe bei der djudjur-Ehe der Familie des Mannes an: sie fällt an den Bruder, und zwar regelmässig an den ältesten Bruder, oder sie wird weiter verheirathet, dann aber meistens in einer Ehe nach sumbei-Art, damit ihre Kinder noch weiter der Familie ihres früheren Mannes angehören. Stirbt aber der Mann bei der tjambar sumbei-Ehe, so behält die Frau das ganze Vermögen; stirbt hier die Frau, so hat der Mann nur so lange den Vermögensgenuss, als er bei den Schwiegereltern wohnt[19]).

In ähnlicher Weise wird uns dies von den Lampongern im Tulang Bawang-District geschildert[20]). Die djudjur-Ehe heisst hier, je nachdem sie mit mehr oder minder Feierlichkeit vollzogen wird, kawin ibal serba oder kawin bimbang: hier gehört die Frau nach dem Tode des Mannes zum Nachlass und fällt regelmässig an seinen Bruder. Die Mutterrechtsehe kommt vor Allem als Ehe mit der Erbtochter vor: hier wird sogar umgekehrt der Familie des Mannes ein Braut-

---

[19]) Vgl. hierüber die ausführliche Darstellung von Helfrich in Bijdragen 38 S. 532 f., 545 f., 551 f.; ferner Helfrich, Proeve van den Lampongsch-hollandsche woordenlijst unter Adat.

[20]) Hierüber ausführliche Nachrichten von Hissink in Tijdschrift 47 S. 132 f., 151, 155.

schatz gegeben, und man sagt: der Mann wird Frau, die Frau wird Mann; und die iring beli-Ehe, d. h. die Ehe, welche solang Mutterrechtsehe ist, bis der Frauenpreis (ganz oder theilweise) abverdient ist, heisst mendjeng kemengianan: sie führt den Mann, bis mindestens die Hälfte des Preises abbezahlt ist, in eine Art von Pfandlingschaft. Der Brautschatz ist sehr hoch, 600—2400 fl. Um ihn herabzumindern, bedient man sich der Entführung: kawin nakat. Die Leviratsehe findet sich auch hier in der Art, dass, wenn der Verstorbene keine Kinder hatte, die Kinder der zweiten Ehe dem ersten Ehegatten zufallen [21]).

Bei manchen Stämmen treffen wir auch die Kindervertheilung, also eine Mittelstufe, wo Vater- und Mutterrecht verbunden sind, auch hier auf Grund von Raub oder Kauf; so in der Landschaft Gowa, worüber wir von Eerdmans in den Verhandelingen van het Bataviaasch Genootschap, Bd. 50, ausführliche Nachrichten haben. Hier wird ein Brautschatz bezahlt, der von 160 Gulden abwärts bis zu 16 Gulden geht, und zwar an die Eltern, während die Braut nur wenig davon erhält. Die Entführung ist nicht selten: ihre Folge ist Blutrache, bis der Brautschatz bezahlt ist oder sonst eine Versöhnung zu Stande kommt. Die Ehe ist aber nicht völlig vaterrechtlich: sie steht auf einer Mittelstufe, insofern, als die Kinder vertheilt werden, das erste der Frau, das zweite dem Mann u. s. w. Hiernach richtet sich auch die Vermögensfolge. Das Vermögen ist theils voreheliches Vermögen der beiden Ehegatten, barang sisila, theils gemeinschaftliche Errungenschaft, barang tjakkara, und die Kinder erben hiernach, die einen die sisila der Frau, die anderen die sisila des Mannes, während die Errungenschaft gleichheitlich vertheilt wird.

Derselbe Grundgedanke findet sich auch, wenn Sklaven unter einander heirathen, indem die Kinder unter die Herren des Sklaven und der Sklavin vertheilt werden.

---

[21]) Hissink S. 153 f.

Wird der Brautschatz nicht bezahlt, so fallen die Kinder sämmtlich an die Frau [22].

Dass bei den Makassaren und Buginesen die Kindervertheilung gilt, ergiebt sich bereits aus dem Früheren [23]. Wir erfahren nun von den Makassaren Weiteres, insbesondere über den Frauenpreis (sunrang), der sich auch bei solcher Halbvaterrechtsehe findet [24]. Dieser kommt an Vater oder Bruder, die aber, wie oft, einen Theil an die Verwandten abzugeben pflegen. Oft findet aber auch eine Entführung statt, die als Diebstahl gilt, aber später durch Zahlung des Preises legalisirt wird. Natürlich fällt bei dieser Halbvaterrechtsehe die Frau nicht in den Nachlass des Mannes, sondern kommt nach dessen Tode wieder in die Gewalt ihres Vaters oder Bruders.

Solche Uebergangs- und Zwischenformen sind auch sonst bekannt [25]. So gilt von den Badujs auf West-Java Folgendes: es werden Brautgeschenke gegeben, aber kein eigentlicher Frauenpreis: die Ehegatten ziehen entweder in das Dorf des Mannes oder der Frau, wo eben Unterkunft zu finden ist [26].

Bei den Atjehern zieht der Mann in den kampong der Frau; doch besteht in der Beerbung das Vaterrecht, obgleich ein nennenswerther Frauenpreis nicht bezahlt wird. Wahrscheinlich ist hier, was vom Vaterrecht gilt, dem Islameinfluss zuzuschreiben [27]; auch die hier üblichen Ehescheidungsformen des talak und khula sind ja dem Islamrecht entlehnt [28].

§ 4.

Der Kaufehe entspricht natürlich die Möglichkeit der Polygamie. Man hat so viel Ehefrauen, als man kaufen und

---

[22]) Vgl. über alles dies Eerdmans S. 37—44.

[23]) Zeitschr. VI S. 335.

[24]) Rütte in Tijdschrift 41 S. 312 f.

[25]) Zeitschr. VI S. 336.

[26]) Vgl. Jacobs en Meijer, De Badoejs (1891) S. 76.

[27]) Jacobs, Familien-en kampongleven op Groot-Atjeh I S. 13 f., 68 f.

[28]) Jacobs I S. 88 f.

erhalten kann. Daneben kann der Mann auch mit Sklavinnen umgehen, und merkwürdigerweise findet sich bei den Malayen auch die Abrahamsehe, d. h. eine Eheschliessung in der Art, dass die Frau zu gleicher Zeit dem Mann eine Magd als Beihälterin zubringt; eine Einrichtung, die wir bekanntlich bei den Babyloniern und Israeliten übereinstimmend finden, die aber, wie unser Fall zeigt, jenen Völkern durchaus nicht allein eigen ist. Diese Abrahamsehe wird uns erwähnt bei den Lampongern [29].

§ 5.

Sehr verbreitet sind, wie schon seiner Zeit Wilken hervorgehoben hat, die Couvadesitten. Sie finden sich bei den Stämmen, die entweder Vaterrecht haben oder im Uebergang begriffen sind, und bestehen überall darin, dass der Mann während der Schwangerschaft oder bald nach der Geburt sich von gewissen Dingen zurückhalten muss und namentlich gewisse Thiere nicht tödten darf, weil dies die Mutter oder das Kind schädigen würde. So bei den Badujs [30]; so bei den Niassern [31], so auf den Keiinseln: hier darf der Mann keine Tauben schiessen, keine Schlangen fangen, kein Blut vergiessen, indem das Kind sonst todt oder krank oder blutdürstig würde [32]; so bei den Atjehern [33]. Und auf Gowa soll der Mann in der ersten Zeit sich so wenig als möglich aus der Wohnung entfernen [34]; auch bei den Atjehern hat er alle Plätze der Umgegend zu meiden, wo böse Gespenster schalten [35].

---

[29]) Vgl. Hissink in Tijdschrift 47 S. 163.

[30]) Vgl. Jacobs en Meijer, Badoejs S. 60.

[31]) Vgl. Kramer in Tijdschrift 33 S. 489 f.; Lagemann, Tijdschrift 36 p. 296. Die zu meidenden Dinge heissen hier amonita.

[32]) Vgl. Pleyte in Aardrijks. Genootsch. II Serie 10 S. 816; vgl. auch noch Pleyte in Bijdragen 41 S. 588.

[33]) Jacobs, Het familie-en kampongleven op Groot-Atjeh I S. 108.

[34]) Vgl. Eerdmans, Landschap Gowa S. 34.

[35]) Jacobs a. a. O. S. 108.

§ 6.

Von der Raubehe sind eine Reihe von Raubceremonien übrig geblieben. So die Sitte der Niasser, wonach die Braut vor und bei der Ehe ein klägliches Weinen anstimmt [36]. Dahin gehört ferner die Sitte in Gowa, wonach ein Scheinkampf stattfindet, die Gegner aber durch Münzen, die man unter sie wirft, begütigt werden [37]. So das „Schieben" bei den Makassaren und Buginesen, wo die Braut sich stets vom Bräutigam wegschiebt und endlich erhascht werden muss [38].

Daneben finden sich sinnige, die Eheverbindung andeutende Ceremonien, die schon anderwärts bekannt sind. So z. B. die Kleiderknotung bei den Makassaren und Buginesen, indem das Oberkleid der Braut mit einer Nadel mit der Festmütze des Bräutigams verbunden wird [39]. Ebenso die Nahrungsverbindung: so steckt auf Buru die Braut dem Mann eine Cigarette und ein Betelpreumchen in den Mund [40]. Auch das religiöse Element tritt hervor: so pflegt bei den Niassern Priester oder Häuptling den Brautleuten vor den Ahnenbildern die Köpfe zusammenzuschlagen [41]; oder man trägt eine Lanze, um die bösen Geister zu vertreiben, so bei den Lampongern [42].

§ 7.

Die universelle Schwiegerscheu wird auch von den Malayen bezeugt. So heisst es insbesondere von den Galelaresen (in den Bijdragen 45 S. 465 f.), man dürfe das Messer der

---

[36]) So Lagemann, Tijdschrift 36 S. 315; vgl. auch Kramer 33 S. 483.

[37]) Eerdmans, De landschap Gowa 50 S. 39.

[38]) Matthes, Einige Eigenthümlichkeiten in den Festen und Gewohnheiten der Makassaren und Buginesen S. 9 u. 10.

[39]) So Matthes, Einige Eigenthümlichkeiten in den Festen der Makassaren und Buginesen S. 9.

[40]) Vgl. Hendriks, Het Burusch S. 91.

[41]) Kramer in Tijdschrift 33 S. 483.

[42]) Hissink, Tijdschrift 47 S. 144.

Schwester und Nichte der Frau oder des Bruders und Neffen des Mannes nicht anrühren, sonst komme man mit der Hand an eine Schlange; auch aus dem Krug, aus dem der Schwiegervater getrunken, dürfe man nicht trinken. Auch bei den Atjehern gilt Aehnliches, und zwar ist die Schwiegerscheu des Mannes gegen den Schwiegervater noch grösser, als gegen die Schwiegermutter[43]). Auch die Tobiasnächte werden erwähnt; so erzählt Uijtterbroeck über Bawejan (in Tijdschrift 34 S. 533 f., 537), dass die Brautleute während dreier Nächte sich zurückhalten müssen und von dem „makenang" bewacht werden.

Noch weiter gehen die Niasser, bei denen der Grundsatz gilt, dass die Brautleute von der Verlobung an einander zu meiden haben; so Lagemann in Tijdschrift 36, S. 296 f. So auch die Badujs[44]).

II.

Die Grundverhältnisse sind bei den Malayen so gestaltet, dass der Grund und Boden Gemeinland ist und dem Stamm gehört. Wo aber jemand ein wüstes Land für sich bebaut, erwirbt er dadurch das Recht des Fruchtgenusses auf so lange, bis er es aufgiebt, oder so lange er es bebaut und besitzt; so auf Timor, vgl. Ten Kate, Aardrijksk. Genootsch. II Serie 11, S. 343, so bei den Battaks, Meerwaldt Tijdschr. 37 S. 533 f., so auf den Kei-Inseln, worüber zu vergleichen ist Pleyte in den Aardrijksk. Genootsch. II Serie 10, S. 577 f. und Hoëvell in Tijdschrift 33 S. 129. Hier wird noch bemerkt, dass jedes Mitglied des Stammes ein Anrecht hat auf Holz aus den unbebauten Strecken, und ferner, dass jenes durch den Anbau entstehende Sonderrecht sich auch auf die Kinder vererbt; sowie dass der Bauende seine Früchte theils durch

---

[43]) Jacob, Familien-en kampongleven op Groot-Atjeh I S. 69.
[44]) Jacobs en Meijer, De Badoejs S. 74.

den Matakau sichert, d. h. durch ein Götzenbild, von dem man annimmt, dass es auf den Verletzer Krankheiten herabschickt, oder durch den Sassi, d. h. durch ein streng respectirtes juristisches Verbot. Und von den Battaks wird erwähnt, dass der einzelne Bodenbenutzer sein Nutzrecht nicht veräussern, aber in höchster Noth verpfänden dürfe[45]).

Auch bei den Menankabaus gehört der Grund und Boden, soweit er nicht bebaut ist, der Gemeinde, der Negarie. Der bebaute Boden eignet der einzelnen Familie, bezw. den Einzelnen nach den oben angeführten Grundsätzen, je nachdem es sich um Stammgut oder um Errungenschaft handelt[46]).

Ganz besonders deutlich lässt sich die Entwickelung vom Gemeinland zum Sonderland auf der Insel Bali darthun, worüber Liefrinck in der Tijdschrift 33 S. 265 f. ausführliche Mittheilungen macht. Das Land gehört der Gemeinde, der Desa: von ihr konnte ursprünglich jeder ein Feld bekommen, und zwar fand die Zuweisung in der Art der Feldgraswirthschaft statt, d. h. es wurde das Feld nur auf kurze Zeit übertragen, etwa auf ein Jahr, dann blieb es mehrere Jahre brach, und die Zutheilung wurde an anderen Orten vorgenommen, bis man dann wiederum auf die früheren Felder zurückgriff. Als später die Cultur sich erweiterte und das Land grossentheils in Bebauung genommen war, trat eine periodische Abtheilung ein, etwa eine Abtheilung alle 10 Jahre. Vgl. ebenda S. 302 f., 392 f., 397 f. Es ist also dieselbe Entwickelung zu constatiren, wie seiner Zeit bei den Germanen. Gewisse Bäume, die eine langjährige Cultur verlangen, werden von der Vertheilung ausgenommen, S. 394. Vielfach schlief die periodische Vertheilung ein, und der Besitz wurde Familienbesitz, der allerdings zunächst nicht veräusserlich, aber doch verpfändbar ist, S. 405, 409.

Ebenso besteht auf Java theils Gemeinland, — und dieses

---

[45]) Vgl. Willer, Verzameling der Battaksche Wetten S. 18.
[46]) Verwerk Pistorius, Studien S. 129.

ist wieder theils wüstes Land, theils Culturland, das periodisch vertheilt wird (sawah), — theils Einzel- oder Familieneigenthum (Erbgut). Die Vertheilung des Culturlandes geschieht bald so, dass der Einzelne ein zusammenhängendes Stück bekommt (ungkur-ungkuran), bald so, dass er mehrere aus verschiedenen Lagen genommene Parzellen erhält (krotjok)[47].

Aehnliche Entwickelungsverhältnisse sind auch sonst nachweisbar, so z. B. in Minahasa. Das Gemeindeland heisst dort kalakeran und das in Cultur gebrachte Land des Einzelnen pahasinih: letzteres verbleibt der cultivirenden Familie. Dieses Pahasinihland ist nicht nur vererblich, sondern auch veräusserlich, doch vielfach ist die Zustimmung der Gemeindeobrigkeit nöthig[48].

Bei den Badujs findet sich noch die Feldgraswirthschaft, jedoch mit Dauerrecht an Fruchtbäumen[49].

Während der Fremdherrschaft, und zwar schon während der Herrschaft der Hindus, trat die Theorie hervor, dass das ganze Land, dem Eigenthum nach, dem Staate gehöre, welche Theorie auch unter der niederländischen Regierung vertreten wird[50]; diese lebhaft erörterte Frage des modernen Rechts interessirt hier nicht.

III.

Es ist längst bekannt, dass bei den Malayen die Blutrache gilt, jedoch in der Art, dass sie meist nur auf frischer That ausgeübt werden darf, es müsste denn sein, dass der Thäter einem niederern Stande angehört, als der Verletzte.

---

[47]) Vgl. Indische Gids XIII, 2 (1891) S. 1934 f. und den dort mitgetheilten desa-adat.

[48]) Vgl. darüber Riedel in Toung Pao I S. 10 f.; vgl. auch Veth, Java I S. 353.

[49]) Jacobs en Meijer S. 107.

[50]) Vgl. darüber Veth, Java I S. 350 f.; van den Berg, Bijdragen 40 S. 1 f., 22 f. Abendanon, Indisch Weekblad van het Regt 1889, Nr. 1356.

Kann der Thäter in der ersten Zeit entkommen, so tritt an Stelle der Blutrache die Zahlung des Wergeldes. So beispielsweise auf Buru: das Wergeld heisst hier etnofo: es wird gegeben eine Schüssel für den Kopf, zwei Beile für die Arme, zwei Speere für die Füsse, ein Schwert für das Rückgrat und ausserdem 12 Stück Kattun [51]).

Ebenso unterliegt bei den Wadjoresen der Mörder entweder der Blutrache, oder er zahlt eine Busse von 88 fl. [52]).

Die Blutrache als Tödtung des Mörders ist, wie bekannt, bei den Battaks mit Kannibalismus verbunden [53]). Todesstrafe steht hier auch auf dem Ehebruch, sobald der Ehebrecher niederen Ranges ist, auf Zauberei und auf Diebstahl mit nächtlichem Einbruch [54]).

IV.

Der Ordalismus spielt, wie schon Wilken gezeigt, bei den Malayen seine universelle Rolle.

So ist bei verschiedenen Stämmen die Bahrprobe gebräuchlich, namentlich bei den Buru [55]). Hier wird, wie gewöhnlich, der Todte von Männern getragen, es werden Namen genannt, und wenn der Richtige bezeichnet wird, so zwingt der Todte die Männer, sich fortzubewegen.

Bei den Javanen war früher das Wasserordal des Untertauchens in Uebung. Jetzt besteht noch das Erdeessen, namentlich bei Grenzstreitigkeiten, wo man glaubt, dass ein Stückchen der streitigen Erde genossen den im Unrecht Befindlichen zum Bersten bringe; auch das Herabschwören der Geister gegen den vermuthlichen Thäter ist im Gebrauch,

---

[51]) Vgl. Hendriks, Het Burusch S. 44.

[52]) Vink in Nederl. Indië 1901, S. 371.

[53]) Vgl. Willer, Battaksche Wetten S. 57.

[54]) Willer S. 76, 87, 91.

[55]) Vgl. darüber Hendriks, Het Burusch S. 80.

wodurch man den Dieb häufig zur Rückgabe der gestohlenen Sache veranlasst [56]).

Auch der Selbstverwünschungseid wird bei den Javanen als allgemein üblich bezeugt [57]). Er wird geschworen mit Verwünschung gegen sich und die Familie für den Fall der Unwahrheit, unter Anrufung von Himmel und Erde, wobei man ein Zeichen auf den Boden macht. Auch spucken sie auf die Erde und schlucken etwas von der feuchten Erde ein [58]).

Von den Dajaks wird uns in den Bijdragen 46 S. 214 f. erzählt, dass hier noch verschiedene Gottesurtheile in Geltung sind, so z. B. das Wassertauchen, und zwar als zweiseitiges Ordal, indem Kläger und Beklagter sich unter das Wasser begeben oder vielmehr Stellvertreter statt ihrer. Sodann findet sich hier das Ordal des heissen Harzes (einseitig), indem der Beschuldigte die Hände hinein zu stecken hat, ferner der Wettlauf und das Herausholen eines verdeckten Gegenstandes aus einem Gefäss, wobei es darauf ankommt, ob die richtige oder unrichtige Sache herausgefunden wird. Auch der Verfluchungseid ist nicht selten, so S. 228 f. Ebenso wird beides erzählt von den Keiinseln, S. 127, vgl. Hoëvell in Tijdschrift 33 S. 127, insbesondere schildert uns Pleyte in den Aardrijksk. Genootsch. II Serie 10, S. 801, wie sich hier das zweiseitige Ordal des Untertauchens gestaltet. In gleicher Weise findet sich das Fluchwasser in Tanimbar, vgl. Hoëvell, Tijdschrift 33 S. 160 f., 173, ferner auf Aru, wo Seewasser getrunken und der Geist der See angerufen wird, so Hoëvell, Tijdschrift 33 S. 82. Das Ordal des heissen Harzes (wobei

---

[56]) Veth, Java I S. 328, 349.

[57]) Vgl. darüber Cohen in Tijdschrift 40 S. 144 f.

[58]) Wie man vom Ordal zur Verwünschung übergegangen ist, wurde in dieser Zeitschrift bereits anderwärts gezeigt; dass aber die Verwünschung der ursprüngliche Charakter des Eides ist, unterliegt keinem Zweifel. Bezüglich der Griechen vgl. Hirzel, Eid S. 137 f.; über den Fluch der Götter in Griechenland Ziebarth im Hermes XXX S. 58 ff.

aber die Hand bis zum Mittelfinger verbunden ist) wird auch von den Toradjas berichtet [59]).

Der Verfluchungseid findet sich auf Buru als Mane-Eid. Der Schwörende legt sich auf ein Tuch wie auf ein Todtenhemd, worauf der Häuptling erklärt: wenn er falsch schwöre, so solle er in 4 Tagen oder in 8 Tagen sterben, wenn nicht, solle er leben, bis sein Haupt weiss werde [60]).

V.

§ 1.

Die Malayen auf Java unterlagen schon viele Jahrhunderte einer fremden Cultur, aber trotzdem behielten sie einen grossen Theil ihrer Einrichtungen und Gebräuche bei. Etwa im 1. Jahrhundert unserer Zeitrechnung setzten sich die Hindus bei ihnen fest und gründeten brahmanische Reiche und zwar des wischnuitischen und des siwaitischen Cultus; aber auch der Buddhismus verbreitete sich, und sicher ist es, dass die Inder Bodenbau und Industrie belebten, es wird sogar behauptet, dass sie die Reiscultur erst eingeführt hätten. Der Einfluss war so stark, dass sich eine Mischsprache entwickelte zwischen dem Indischen und Javanischen, die für höhere und niedere Classen verschieden war: die höhere Sprache war die Kawisprache; in ihr bildete sich sogar eine eigene Poesie. Auch ist die indische Herrschaft noch in grossartigen Tempelruinen zu erkennen, so in dem Tempel von Bara Budur und in anderen, die in neuerer Zeit genauer festgestellt und theilweise auch im Bilde wiedergegeben worden sind. Der Einfluss dauerte bis gegen das 15. Jahrhundert, wo die indische Herrschaft dem Islam unterlag. Das indische Hauptreich des Maharadjah von Madja pahit unterlag im Jahre 1478 [61]).

---

[59]) Kruijt, Tijdschrift 41 S. 557 (bei Werwolfbezichtigung). Andriani, Tijdschr. 44 S. 245 f.

[60]) Hendriks, Het Burusch S. 69.

[61]) Vgl. über alles dies die meisterhafte Darstellung von Veth, Java I S. 412 ff.; II S. 14 f., 69 f., 176 f.

So ist es begreiflich, dass auch das indische Recht hier einige, allerdings wenig eindringliche Spuren hinterlassen hat. Aus dieser Zeit sind Rechtsbücher erhalten, die auf der dem Islam entzogenen Insel Bali aufbewahrt wurden, und eines dieser Rechtsbücher ist vor einiger Zeit von einem Schüler Kern's übersetzt worden[62]. Wie sehr sich das malayische Recht erhalten hat, ergiebt sich aus Folgendem: malayisch ist die von den indischen Gesetzbüchern bekanntlich verpönte Kaufehe: es ist in den Artikeln 18 und 111 ausdrücklich bestimmt, dass, wenn trotz Zahlung des Kaufpreises die Frau nicht übergeben, sondern anderwärts verheirathet wird, der Vater den Kaufpreis doppelt zurückerstatten und ausserdem eine Busse entrichten müsse[63], während beim Tode der Braut der Kaufpreis nicht zurückzuzahlen ist, Artikel 112; vgl. auch Artikel 213, 256, 257. Malayisch ist auch die Bestimmung über die Entführung, die dahin geht, dass, wenn die beiden im Walde gefunden werden, der Vater den Entführer tödten kann, während, wenn sie bereits in eine Behausung gelangt sind, nur eine Geldstrafe eintritt, so Artikel 14. Malayisch ist die dem indischen Recht unbekannte Gütergemeinschaft, die nach Artikel 123, 196 in 5 oder 12 Jahren durch Gütermischung eintritt. Malayisch ist die dem indischen Gesetze fremde Ehescheidung, über welche noch merkwürdige Formen angegeben werden: das Zerbrechen eines Geldstückes, indem man die Ehescheidung ausspricht, die Uebergabe von Wasser an die Frau, um das Gesicht zu waschen, die Uebergabe von ungehülstem Reis, so Artikel 5. Malayisch ist ferner die Bestimmung über die Kindervertheilung; wenn nämlich ein Sklave und eine Sklavin einander heirathen, so soll der Herr des Sklaven zwei Drittel, der Herr der Sklavin ein Drittel der Kinder bekommen, so

---

[62]) Jonker, Een oud-javaansch Wetboek (1885). Vgl. hierüber auch Grashuis im Indische Gids VII, 2 (1885) S. 1322.

[63]) Dass der djudjur in solchem Fall doppelt herausgegeben werden muss, mindestens wenn die Verlobung öffentlich erfolgt war, findet sich beispielsweise bei den Lampongern, Hissink, Tijdschrift 47 S. 130.

Artikel 10 (vgl. auch 12, 153, 164). Malayisch ist endlich die Pfandlingschaft der Kinder für die Schuld der Eltern, Artikel 161, und das Sühnegeld bei fahrlässiger Tödtung, überhaupt das Auskaufen des Lebens durch Zahlung einer Busse an den Verletzten, Artikel 134, 136, 190, 232.

Auch das Vorzugserbrecht des ältesten Sohnes, Artikel 197, ist malayisch [64]), stimmt aber mehr oder weniger mit dem indischen Recht überein.

§ 2.

Nach Eindringens der Moslim bildete sich ebenfalls ein Mischrecht, und insbesondere suchte der Islam mit seinem koranischen Ehe- und Erbrecht festen Fuss zu fassen. Auch bei anderen Rechtseinrichtungen suchten islamische Sultane dem einheimischen Recht entgegen zu treten, soweit es ihren Vorstellungen widersprach. Doch ist alles dies nur sehr theilweise gelungen: trotzdem hat sich eine Menge von malayischem Recht erhalten, wie solches aus den Rechtsbüchern Javas hervorgeht, die unter der Islamherrschaft entstanden sind. Das ältere soll der Surja ngalam gewesen sein. Neue Rechtsbücher erschienen im 18. und 19. Jahrhundert, der Angger anggeran, der Angger pradoto, im 19. Jahrhundert der Angger ageng [65]).

Auch auf Sumatra ist eine Reihe solcher Verordnungen, Undangundangs, entstanden, und man hat hier z. B. in dem

---

[64]) So bekommt bei der Vaterrechtsehe auf den Keiinseln der älteste Sohn oder die älteste Tochter 3 Fünftel der Errungenschaft, Pleyte in der Aardrijksk. Genootsch. II Serie 10 S. 815; und bei den Lampongern auf Kroë bekommt der älteste Sohn alle Grundstücke und ausserdem 2 Drittel, und ein Vorzugsrecht von 2 Drittel hat auch die älteste Tochter in der Beerbung des Muttervermögens, Helfrich in Bijdragen 38 S. 351; ähnlich ist es bei den Lampongern in Tulang-Bawang, vgl. Hissink, Tijdschrift 47 S. 165 f. Bei geringerem Vermögen wird das Erstgeburtsrecht mitunter zu einem Alleinerbrecht; so auch auf Solor, vgl. Ten Kate, Aardrijksk. Genootsch. II Serie 11 S. 243.

[65]) Vgl. darüber Veth, Java I S. 346 f.

Undangundang von Djambi[66]) ausdrücklich anerkannt, dass neben dem Islamrecht die Gewohnheiten gelten, ja, man hat dies auf Bestimmungen des Islam selber zurückzuführen gesucht. Auch hier finden sich gerade im Ehe- und Erbrecht vielfach Islamgrundsätze, doch auch hier hat sich vieles malayische Recht erhalten. Es ist daher auch für unsere Fragen von Bedeutung, dass ein Theil dieser Undangundangs von dem verdienstvollen Forscher van den Berg unter dem Titel „Rechtsbronnen von Zuid Sumatra" in den Bijdragen Bd. 43 wiedergegeben und übersetzt worden sind. Hiervon sei Folgendes hervorgehoben:

Blutpreis findet sich noch in der Art erwähnt, dass aut absichtliche Tödtung zwar zunächst Todesstrafe gesetzt ist, jedoch nur, wenn die That vollkommen klar erwiesen ist; sonst findet sich noch die Zahlung eines an die Verwandten des Erschlagenen zu entrichtenden Blutpreises. Man vergleiche den Adat Lembaga, Artikel 21, und den Simbur Tjahaja (Palembang) V, 36 und 37; im Letzteren wird der Blutpreis abgestuft nach dem Stande des Getödteten (40, 240, 440 Thaler); merkwürdig, aber nicht gerade selten ist, dass das Blutgeld für die Frau um 10 Thaler höher ist als das für den Mann: 50 statt 40 Thaler. Auch bei zufälliger Tödtung ist Blutgeld verfallen, so hier V, 38 und Adat Lembaga 22. Uralt und auch bei den Malayen viel verbreitet[67]) ist auch die Bestimmung, dass, wenn der Mörder nicht su ermitteln ist, das Dorf, wo die That geschah, einzustehen hat, so Simbur Tjahaja (Palembang) V, 47. Die ursprüngliche Blutrache wurde natürlich auch bei anderen Delicten überall zurückgedrängt; an Stelle dessen ist Geldbusse und Schmerzensgeld getreten, so bei Verwundungen, Adat Lembaga Artikel 26. Dass Abtreibungen, Päderastie und Unzucht mit Thieren durch

---

[66]) In der Ausgabe van den Berg's in Bijdragen 43 S. 167.

[67]) So bei den Battaks, Willer, Battaksche Wetten S. 59 f.; so auf Bali, wo die desa haftet, Liefrinck, Tijdschrift 33 S. 382.

Busse bestraft werden, ist jedenfalls spätere, islamische Bestimmung, so Adat Lembaga 16, 17, Simbur Tjahaja (Palembang) V, 45. Nach letzterem Rechte muss bei Unzucht mit Thieren auch ein Büffel zur Sühne geschlachtet werden.

Islamisch ist, dass die Pfandlingschaft aufgehoben und verboten wird, wenigstens als Pfandlingschaft für Privatschulden, so Adat Lembaga 30, Simbur Tjahaja (Palembang) V, 49: denn es ist ein Satz des Islam, dass Personalhaft für die Schulden nicht sein darf. Aber das Verbot hat nur theilweise gewirkt. Ist doch das Pfandlingverhältniss (mengiring) eines der verbreitetsten Institute der Malayen: es erfolgt entweder in der Art, dass der Schuldner ähnlich wie ein Pfandsklave dient, oder so, dass er zwar an sich selbständig bleibt, aber sich verpflichtet, immer von Zeit zu Zeit die Hälfte seines Einkommens an den Gläubiger abzuliefern [68]). So setzt denn auch der Adat Lembaga selber noch Fälle von Pfandlingschaft voraus; er bestimmt insbesondere, dass der Gläubiger, der eine als Pfandling dienende Frau missbraucht, dafür seine Schuld verlieren soll, so Artikel 37.

Die holländische Regierung hat verschiedenfach die Pfandlingschaft abzuschaffen gesucht, so im Reglement vom 7. Juli 1859, so aber auch schon in früheren Gesetzen. Im Jahre 1872 erging dann eine Bestimmung, wonach jeder, der einen Pfandling nimmt, mit Strafen von 500—1000 Gulden belegt wird [69]).

Das bei den Malayen vielfach vorkommende Nutzpfand wird auch in dem Simbur Tjahaja (Palembang) erwähnt, mit der Bestimmung, dass es so lange nicht aufgelöst werden darf,

---

[68]) Ueber die Battaks, wo der Pfandling persingiran heisst, vgl. Willer, Battaksche Wetten S. 8 und 48. Ueber die Pfandlingschaft auf Gowa vgl. Eerdmans, Het landschap Gowa, in den Verhandl. der Bataviagenossensch. 50 S. 44: hier haftet auch die Frau, aber nur mit ihrer Zustimmung. Ueber die Pfandlingschaft bei Stämmen auf Celebes vgl. Verwey, Bijdragen 42 S. 234 f.; auf den Pulau Tudjuhinseln Hasselt und Schwarz in Aardrijksk. Genootsch. II Serie 15 S. 168; bei den Lampongern Hissink in Tijdschrift 47 S. 155.

[69]) Hierüber ist zu vergleichen Verwey a. a. O. S. 242 f.

bis der Gläubiger mindestens einmal das Feld abgeerntet hat, so III, 26. Und das Gemeineigen der Dorfschaft ist insofern anerkannt, als ein Fremder nur mit Zustimmung des Dorfhauptes sich dort anbauen darf; und verlässt er dieses Land, so fällt der Boden frei an die Gemeinde zurück, Simbur Tjahaja (Palembang) III, 27, 28.

Eine correctorische Bestimmung des Undangundang ist es, dass die Frau nicht zur Levirats-Ehe gezwungen werden soll: die Bestimmung also, wonach sie der Familie des Mannes verfallen ist, wird verworfen, so Simbur Tjahaja (Palembang) I, 26. Versucht doch der Simbur Tjahaja I, 3 sogar, die Zahlung eines djudjur, eines Frauenpreises, völlig auszurotten; anders Adat Lembaga a. 7, der den djudjur ausdrücklich anerkennt. Auch die holländische Regierung hat mit Rücksicht auf die grossen Missbräuche mehrfach versucht, die Kaufehe zu verdrängen oder doch den Kaufpreis zu beschränken [70]).

Wie aber die einzelnen Territorien auch dem Islam gegenüber ihre Selbständigkeit festgehalten haben, beweist ausser dem Obigen das Folgende:

1. Obgleich der Islam die Adoption verwirft, wird diese nicht nur geübt, sondern sogar im Adat Lembaga besonders anerkannt: der Adoptirte ist der Angkat Anak; er ist Erbe des Adoptivvaters, so Artikel 13 [71]).

2. Während der Islam das Zinsennehmen verbietet, so sind Zinsen von 30 Procent gestattet, allerdings nur für ein Jahr, ebenda Artikel 31.

3. Die dem Islam fremde malayische Errungenschaftsgemeinschaft hat sich erhalten [72]).

---

70) Hissink, Tijdschrift 47 S. 158 f.

71) Vgl. auch bezüglich Javas und Maduras van den Berg, Bijdragen 41 S. 457. Bei manchen Stämmen, wie auf Gowa wird dem Adoptirten allerdings das Erbrecht abgesprochen, Eerdmans, Landschap Gowa S. 40.

72) So auf Java und Madura: Errungenschaft zu 2 Drittel und 1 Drittel; das Gesammtgut heisst ganagini im Gegensatz zum asal oder pusaka; vgl. van den Berg, Bijdragen 41 S. 475 f.

XIII.

Ueber die Urgeschichte der Ehe.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Während in neuerer Zeit die Rothhäute Gegenstand lebhaften Studiums gewesen sind, während wir über das Recht der Papua und Polynesier neue wichtige Nachrichten erlangt haben, ist auch die Kenntniss der Australstämme wesentlich gefördert worden. Man überzeugt sich immer mehr, dass der Einblick in die Organisation dieser Stämme den Schlüssel für die Urgeschichte der Menschheit bietet, und beherzigt den Mahnruf unseres Bastian, so lange zu forschen, als überhaupt noch das Beobachtungsmaterial vorhanden und die Völker nicht für immer von der Erde verschwunden sind. Man erkennt an, dass die Wissenschaft nur durch ein methodisches Studium der Rechtsverhältnisse solcher Völker gefördert werden kann, nicht durch ein dilettantisches Zusammenwerfen von Material, das man von da und dort zusammenträgt. Und es sind nicht flüchtige Reisende, welche uns über diese Völker Nachricht gebracht haben; solches kann nur der behaupten, der einen Einblick in diese Literatur noch nicht gewonnen hat. Da ist vor Allem Howitt, der seinerzeit mit Fison das berühmte Buch über die Kamilaroi schrieb; er ist ständig thätig, neues Beobachtungsmaterial zu verwerthen; davon geben uns seine Aufsätze im Journal of the Anthropological

Institut of Great Britain Kunde, und neuestens erschien wieder ein vorzüglicher Aufsatz von ihm in den Transactions of the Royal Society of Victoria, Vol. I, part 2, p. 96 bis 137 (1889). Er weist hier auf Beobachtungen von Männern hin wie Naseby, der 50 Jahre mit den Kamilaroi verkehrt hat (S. 112)! Vor Allem aber ist es ein Werk, welches zur Kenntniss der Australvölker mehr beigetragen hat als alle anderen, nämlich das ausgezeichnete Buch von Spencer und Gillen „The native tribes of Central Australia", London 1899. Von den Verfassern hat Gillen als Subprotector of the Aborigines 20 Jahre lang (!) in Centralaustralien gelebt, und Beide haben bei den Völkern solches Vertrauen genossen, dass sie wie eingeweihte Mitglieder behandelt wurden. Das Werk ist mit bewundernswerther Gründlichkeit geschrieben, mit einer Liebe und Aufopferung ohnegleichen; bis in die Einzelheiten dringen die Verfasser in die Gebräuche ein; Alles wird bis ins Kleinliche mit der grössten Genauigkeit beschrieben: die Verfasser vertiefen sich in die Geistesrichtung jener Stämme und bestreben sich sodann, die Ergebnisse wissenschaftlich aufzufassen. Daher ist die ethnologische Ausbeute sehr gross, ebenso auch die juristische.

§ 2.

Zunächst wird das praktische Bestehen der Gruppenehe bei den Australvölkern ausser allen Zweifel gesetzt. Die Gruppenehe ist das Pirauru-Verhältniss der Dieri-Stämme. Wir erfahren, dass es hier zwar Einzeleheverhältnisse giebt (Noa), aber damit verbunden die Pirauru-Beziehung, welche darin besteht, dass mehrere Dieri-Männer mit mehreren Dieri-Frauen in geschlechtlicher Beziehung stehen, welches Verhältniss nicht etwa ungeregelt ist, sondern in der Volksversammlung genau bestimmt wird[1]). Vgl. darüber Howitt, Transact.

[1]) Die Stämme haben ihre Stammeshäupter und ihre Volksversammlung, vgl. Howitt, Transact. S. 106.

S. 124 f. Und ebenso besteht bei den Urabunna-Stämmen neben der Einzelehe (Nupa) die Piraungaru-Ehe: die Frau gehört nicht dem Nupa-Ehemann ausschliesslich, vielmehr haben eine Reihe von Männern Zutritt zu ihr, und ebenso hat der Mann mehrere Piraungaru-Frauen. So wird es bei Spencer und Gillen geschildert S. 62 f. In S. 63 heisst es ausdrücklich: a group of women . . . are actually the wifes of a group of men (S. 64). Und ähnlich besteht bei den Kunandaburi neben der Einzelehe (Nubaja) das Verhältniss des Dilpamali, welches O'Donnel (bei Howitt S. 126) folgendermassen beschreibt: . . . that a number of Matara men and Yungo women cohabit together and vice versa. Und Muirhead (bei Howitt S. 127) spricht von den Wakelbura-Stämmen: all these men call the woman wife and she them husband and the seven men have and exercise marital right over her.

§ 3.

Bei den Australvölkern theilt sich, wie bei Völkern der exogamen Gruppenehe überhaupt, jeder Stamm in zwei Classen, welche Classen sich aber wieder in Unterclassen verzweigt haben, wie dies bereits in früheren Schriften dargelegt worden ist. Auch in dieser Beziehung erhalten wir neue und überraschende Mittheilungen. Der Eintheilungsgrund ist 1. der Totemismus und 2. die Verschiedenheit der Generationsstufen. Sicher ist der Totemismus ursprünglich, denn der Gedanke, dass der Mensch jeweils mit einem bestimmten Thier oder einer Pflanze aufs Innigste verwandt oder eigentlich identisch ist, dringt in die ältesten Zeiten unseres Geschlechtes. Noch sind die Sagen der Australneger voll von totemistischen Erinnerungen. Sie sprechen von Zeiten, wo Mensch und Thier eigentlich gleich waren oder wo Wesen die Welt bevölkerten, welche zwischen Menschen und Thieren eine Mittelstufe bildeten. Es sind dies die Inapertwa. Erst dann hätten sich daraus die

Menschen entwickelt. Das sind die Zeiten der Vorfahren, welche die Australneger als die Zeiten der Alcheringa bezeichnen, worüber wir nunmehr von Spencer und Gillen S. 387 f. ausführliche Mittheilung erhalten. Es ergiebt sich hieraus von selbst, welches Phantasie- und Gefühlsleben bei Völkern herrscht, von denen der gewöhnliche Europäer meint, dass sie auf einer geradezu thierischen Stufe ständen, dass ihnen jedes geistige Leben abginge. Das ist völlig unrichtig. Das Gegentheil hätte schon aus ihrer Sprache erkannt werden müssen, denn schon die Erfindung ihrer Sprache zeugt von einem erheblichen geistigen Walten und ist nicht ohne Jahrhunderte lange geistige Energie möglich gewesen [2]). Der Totemismus aber findet sich noch bei einer Reihe von Stämmen, 1. in der Gestalt des totem tabu, d. h. wer einem Totem angehört, darf das Totemthier nicht tödten. Bei vielen Stämmen ist dies allerdings bedeutend abgemildert und dahin gestaltet, dass man nur eben das Totemthier möglichst schonen soll. Vgl. Spencer und Gillen, S. 168, 202 f., 209, 464 f. Er findet sich 2. in der Gestalt der Totemtätowirung, die bei der Jünglingsweihe gebräuchlich ist, wobei dem Jüngling zwar nicht das eigene Totembild, wohl aber das Totembild des Weihevaters auf den Körper gemalt wird. Vgl. darüber Spencer und Gillen, S. 215. 3. in Gestalt der Totemehe, indem jeweils der eine Totem dem anderen zur Ehe bestimmt ist. Das letztere findet sich bei einer Reihe von Stämmen, z. B. bei den Urabunna: hier bestehen zwei Gruppen, die Matthurie- und die Kirarawa-Gruppe, wovon die eine in die andere hinein heirathet. Jede dieser Gruppen besteht aber wieder aus sechs Totems und je ein Totem darf nur in den bestimmten Totem der anderen Gruppe heirathen. Vgl. Spencer und Gillen, p. 60. 4. zeigt sich der Totemismus noch in der Totemnachahmung, indem man bei feierlichen Gelegenheiten das Totem-

---

[2]) Dazu kommen ihre Märchen und Fabeln, vgl. Parker, Australian legendary tales (1891).

thier repräsentirt und seine Bewegung wiedergiebt. Vgl. beispielsweise den Känguruhtanz bei Spencer und Gillen, S. 225. Auch kommen Tänze vor, wo der Tanzende eben einen Inapertwa, d. h. jenes Mittelding zwischen Thier und Menschen darstellt; S. 227, vgl. auch noch S. 320, 356.

Ueber diesen Totemismus giebt uns auch Howitt in den Transactions Kunde: die Totems haben ihre Totemhäupter, über welchen das Stammeshaupt steht (S. 98, 108 ff.). So findet sich der Totemismus bei den Krokitch, bei den Gamutsch (mit uteriner Folge); so bei den Wakelbura, den Dieri u. a.

Dieser Totemismus wird, wie bereits anderweitig gezeigt wurde, gebrochen durch den Manitucult oder durch den Glauben, dass der Einzelne nicht seinen Familientotem behält, sondern einen Einzeltotem annimmt: der Totem wird individuell. Diese namentlich bei den Rothhäuten dargelegte Entwickelung (daher der Rothhautname Manitu) lässt sich auch bei Australnegern nachweisen. Sie hängt mit dem Fetischismus und der Ahnenverehrung zusammen. Die Australneger haben den uralten Ahnencult: sie glauben, dass ihre Alcheringa, ihre Urväter, als Geister noch existiren und mit den heiligen Steinen und Holzstücken (Churinga), welche man mit Zeichen und Bildern versieht und an heiligen Orten (Ernatulunga) eingräbt, in Verbindung stehen. Man nimmt nun an, dass die Geister von Zeit zu Zeit eine Wiedergeburt erleben und speciell in den Leib einer Frau eingehen, wenn sie in der Nähe eines solchen Geisterwohnsitzes in die Hoffnung kommt. Auf diese Weise erlangt das Kind nicht seinen Familientotem, sondern einen neuen, durch die individuellen Verhältnisse bestimmten Totem. Dadurch wird das Totemband gebrochen und es treten neue Familienbeziehungen ein. Auch hier steht ja die ganze Organisation mit dem unheimlichen Glauben der Völker in nächstem Zusammenhang. Ueber diese Dinge vgl. Spencer und Gillen, S. 202, 302, 523 und sonst.

§ 4.

Ausserdem theilen sich die Stämme nach Generationsfolgen; so schon zur Zeit des Totemismus, so aber auch dann, wenn die Totemscheidung erloschen ist. Schon aus früherer Darstellung ergiebt sich, dass, wenn wir zwei Stämme A und B annehmen, die in Gruppenehe leben (vgl. unten S. 267), die Gruppenehe nicht in der Art vor sich gehen kann, dass z. B. der Mann A seine Tochter heirathet (obgleich diese nach Mutterrecht zum Stamme B, zum Stamme seiner Frau gehört), und es ergiebt sich von selber, dass die zwei oder drei lebenden Generationen von einander getrennt werden, so dass die Heirath jeweils nur in der eigenen Generationsstufe geschehen darf. Nehmen wir daher an, dass die Gruppe A sich theilt in die ältere A_1 und in die jüngere A_2 und ebenso B in die ältere B_1 und die jüngere B_2, so darf der Mann A_1 nur eine Frau b_1 und der Mann A_2 nur eine Frau b_2 heirathen. Die Kinder gehören dann der nächstfolgenden Generationsstufe an, also die Kinder von A_1 und b_1 der Generationsstufe A_2 und b_2. Was aber die Kinder von A_2 und b_2 betrifft, die aus dieser zweiten Generationsstufe hervorgehen, so bedarf es hier nicht einer neuen, dritten Bezeichnung, da es sich von selber verstehen wird, dass regelrecht die Männer der ersten Gruppe A_1 nicht ihre Enkelkinder heirathen werden. Man kann also die dritte Gruppe wieder einfach mit A_1 und B_1 bezeichnen. Danach ergiebt sich Folgendes: A_1 heirathet eine b_1. Der Sohn ist ein B_2. B_2 heirathet eine a_2; ihre Kinder sind wieder A_1, und so geht der Kreislauf weiter. Dies ist die einfachste Gestaltung.

So haben die Wakelbura zwei Classen:

Malera und Wuthera,

und jede wieder mit zwei Unterclassen:

Malera = Kurgila
Banbe,

Wuthera = Wunjo
Obu[3]).

Nicht selten aber treffen wir, statt 2 + 2 (A_1 A_2 + B_1 B_2), 4 + 4 Eintheilungen, also A_1, A_2, A_3, A_4 und B_1, B_2, B_3, B_4.

So finden sich bei den Arunta zwei Stammclassen, die wiederum in je vier Unterclassen zerfallen, von welchen vier Unterclassen zwei die älteren und zwei die jüngeren sind, nämlich bei der ersten Classe:

Panunga,
Appungerta,
Uknaria,
Bultara,

bei der zweiten Classe:

Purula,
Umbitschana,
Ungalla,
Kumara.

Die Heirathsverhältnisse sind nun folgende: ein Panunga heirathet eine Purula, der Sohn ist ein Appungerta; dieser heirathet eine Umbitschana, der Sohn ist wieder ein Panunga.

Ebenso: ein Uknaria heirathet eine Ungalla, der Sohn ist ein Bultara. Bultara heirathet eine Kumara, der Sohn ist ein Uknaria.

Findet die Heirath in umgekehrter Weise statt, indem ein Purula eine Panunga heirathet u. s. w., so entwickelt sich die Generation begreiflicherweise etwas anders, nämlich:

Ein Purula heirathet eine Panunga, der Sohn ist ein Kumara; ein Kumara heirathet eine Bultara, der Sohn ist wieder ein Purula.

Ein Ungalla heirathet eine Uknaria, der Sohn ist ein Umbitschana; der Umbitschana heirathet eine Appungerta, der Sohn ist ein Ungalla.

---

[3]) Howitt in den Transactions S. 98.

Hier ist die Sache offenbar so zu denken, dass zwei Stämme zusammengeschweisst sind, in der Art, dass im einen Fall der Kreislauf sich innerhalb der einen Vierheit: Panunga, Purula, Appungerta, Umbitschana beschliesst; während im anderen Fall, wenn ein Purula eine Panunga heirathet u. s. w., der Kreislauf auf die zweite Vierung übergeht und Kumara und Bultara in Mitleidenschaft gezogen werden u. s. w. Auf diese Weise sind diese zwei Stämme fest an einander geschweisst.

Stellen wir dies graphisch dar, indem wir, um die Weibeseigenschaft zu bezeichnen, ein (w) beifügen, so ergiebt sich:

I. Panunga—Purula (w)
Appungerta—Umbitschana (w)
Panunga.

II. Uknaria—Ungalla (w)
Bultara—Kumara (w)
Uknaria.

III. Purula—Panunga (w)
Kumara—Bultara (w)
Purula.

IV. Ungalla—Uknaria (w)
Umbitschana—Appungerta (w)
Ungalla.

V. Panunga—Purula (w)
Appungerta (w)—Umbitschana
Ungalla.

```
VI. Uknaria—┬—Ungalla (w)
            │
       Bultara (w)—┬—Kumara
                   │
                 Purula.

VII. Purula—┬—Panunga (w)
            │
       Kumara (w)—┬—Bultara
                  │
                Uknaria.

VIII. Ungalla—┬—Uknaria (w)
              │
       Umbitschana (w)—┬—Appungerta
                       │
                    Panunga.
```

Die Verwandtschaftsformen aber werden mit bewunderungswürdiger Folgerichtigkeit durchgeführt. Die Panunga stehen hier zu den Purula im Verhältniss von Ehemann zu Ehefrau (*Unawa*), sofern es sich um Panunga-Männer und Purula-Weiber handelt. Andererseits stehen die Panunga-Männer zu den Purula-Männern in dem Verhältniss der Schwägerschaft (*Umbirna*), und ebenso die Panunga-Frauen zu den Purula-Frauen in dem Schwägerinnenverhältniss (*Intinga*). Schema I.

Betrachten wir die Sache weiter, so hat *eine* Panunga einen Kumara zum Sohn, woraus sich ergiebt, dass *ein* Panunga (als Bruder der Panunga-Frau) Oheim des Kumara ist: das ist das Verhältniss des *Gammona*. Schema III.

Ferner: der Panunga ist Vater *eines* Appungerta, und da dieser eine Umbitschana-Frau heirathet, so ist der Panunga Schwiegervater der Umbitschana-Frau (*Nimmera*). Schema I.

Ferner: der Panunga ist Vater, die Purula Mutter *einer* Appungerta, und da diese einen Umbitschana heirathet, so ist zu diesem der Panunga der Schwiegervater (*Ikuntera*), die Purula Schwiegermutter (*Mura*). Schema V.

Ferner die Panunga heirathet einen Purula, der Sohn ist ein Kumara, dieser heirathet eine Bultara; daher ist die

Panunga der Bultara gegenüber Schwiegermutter (Mura). Schema III.

Ferner: ein Panunga heirathet eine Purula; die Tochter ist eine Appungerta; diese heirathet einen Umbitschana und der Sohn ist ein Ungalla. Daher ist Panunga Grossvater eines Ungalla. Schema V.

Dasselbe ist aber auch umgekehrt: ein Ungalla heirathet eine Uknaria, deren Tochter ist eine Umbitschana. Sie heirathet einen Appungerta, der Sohn ist ein Panunga. Schema VIII.

Daraus ergiebt sich das merkwürdige Verhältniss, dass der Grossvater mütterlicherseits Grossvater und Enkel ist, der Enkel mütterlicherseits Enkel und Grossvater, mit anderen Worten: die Namen von mütterlichem Grossvater und Enkel sind gleich (Chimmia).

Ferner: eine Panunga heirathet einen Purula, die Tochter ist eine Kumara und diese heirathet einen Bultara. Der Sohn ist Uknaria. Daher steht eine Panunga zum Uknaria im Verhältniss der Grossmutter mütterlicherseits, und darum ist das Verhältniss zwischen Panunga und Uknaria besonders geeigenschaftet: es ist das Ipmuna-Verhältniss. Schema VII.

Endlich: der Sohn eines Appungerta ist ein Panunga, der Sohn einer Appungerta ist ein Ungalla; Panunga und Ungalla stehen also im Cousinverhältniss, dieses Verhältniss heisst Unkulla; und das Verhältniss zwischen einer Panunga und einer Ungalla heisst Ilchella. Schema I und V.

Daher kann ein Panunga zu einem Ungalla nicht nur im Grossvater- und Enkel-, sondern auch im Cousinverhältniss stehen.

Mithin gilt Folgendes: Panunga steht

zu den Purula im Unawa-, Umbirna-, Intinga-Verhältniss,

zu den Umbitschana im Nimmera-, Ikuntera-Verhältniss,

zu den Appungerta im Vater-Verhältniss (Oknia),

zu den Ungalla im Grossvater- und Enkel- oder im Cousinverhältniss (Chimmia, Unkulla, Ilchella),
zu den Uknaria im Ipmuna-Verhältniss,
zu den Bultara im Mura-Verhältniss,
zu den Kumara im Gammona-Verhältniss.

Aehnlich finden wir bei den Warramunga folgende acht Stämme:

Thapanunga	Chupilla
Thapungerta	Chambein
Chunguri	Thungalli
Kabidgi	Thakomara.

Ebenso bei den Binsongina:

Tschana	Chula
Thungarri	Chambechina
Chimita	Chungalla
Thalirri	Chimara

u. a.[4])

§ 5.

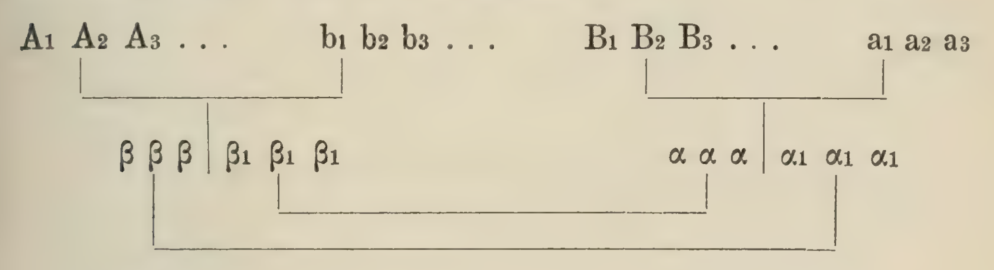
Auch die classificatorische Verwandtschaftsbezeichnung findet neue und glänzende Bestätigung. Je weiter wir dringen, desto mehr sehen wir zu unserem Erstaunen, mit welcher Folgerichtigkeit die von Morgan erkannten Verwandtschaftsformen durchgefühlt und durchgebildet worden sind. Ich werde nicht nöthig haben, mich gegen diejenigen zu wenden, denen diese ganze Ordnung der Dinge fremd ist, und verweise in dieser Beziehung auf meine Ausführung über die Urgeschichte der Ehe. Wer das massenhafte Material, das wir in dieser Beziehung besitzen, nicht durchgearbeitet hat, den ermahnen wir freundlichst, bis auf Weiteres über diese Fragen zu schweigen. Neue und reichliche Bestätigung bieten Spencer und Gillen.

Bekanntlich beruht die gruppeneheliche Verwandtschaftsbezeichnung auf folgendem ethnologischen Hintergrund: die

---

[4]) Spencer und Gillen S. 90 f.

Männer des Stammes A und die Frauen des Stammes B und ebenso umgekehrt die Männer von B und die Frauen von A lebten gruppenehelich zusammen. Ihre Kinder waren Gruppenkinder, nicht Einzelkinder. Von diesem Standpunkt aus wird die Verwandtschaft bezeichnet. Nennen wir also die Männer der einen Gruppe A_1, A_2, A_3 ..., ihre Frauen b_1, b_2, b_3 ..., ebenso umgekehrt die andere Männergruppe B_1, B_2, B_3 und ihre Frauen a_1, a_2, a_3, so ergeben sich folgende Verhältnisse, wobei wir die Kinder, wenn männlich, als β oder α, wenn weiblich, als β_1 oder α_1 bezeichnen:



Also:

die Gruppe A_1 A_2 A_3 heirathet b_1 b_2 b_3,
die Gruppe B_1 B_2 B_3 heirathet a_1 a_2 a_3,
die Gruppe β β β heirathet α_1 α_1 α_1,
die Gruppe α α α heirathet β_1 β_1 β_1.

Betrachten wir dieses Diagramm, so ergiebt sich (bei Bestehen von Mutterrecht) von selber die Folgerung: A_1, A_2, A_3 sind Gruppenväter der Kinder β und β_1. Ebenso sind B_1, B_2, B_3 Gruppenväter der Kinder α und α_1. Ebenso sind b_1, b_2, b_3 Gruppenmütter der Kinder β und β_1 und a_1, a_2, a_3 Gruppenmütter der Kinder α und α_1. Die Söhne β werden nun wiederum die Gruppenehemänner der Töchter α_1, und umgekehrt werden die Söhne α die Gruppenehemänner der Töchter β_1. Daraus ergiebt sich: die Kinder β nennen A_1, A_2, A_3 Vater und b_1, b_2, b_3 Mutter. Sie nennen B_1, B_2, B_3 Schwiegerväter und a_1, a_2, a_3 Schwiegermütter. Daraus ergeben sich folgende Verwandtschaftsgleichungen: Vater = Vaterbruder, Mutter = Mutterschwester, Vaterbrudersohn = Bruder,

Mutterschwestersohn = Bruder, Bruder des Ehemannes = Ehemann, Ehemann der Schwester [5]) = Ehemann, Schwester der Ehefrau = Ehefrau, Ehefrau des Bruders [6]) = Ehefrau, Vater der Frau = Mutterbruder, Vater des Mannes = Mutterbruder, Mutter der Frau = Vaterschwester, Mutter des Mannes = Vaterschwester, Bruder der Mutter = Schwiegervater, Schwiegervaterbruder = Schwiegervater, Schwester des Vaters = Schwiegermutter, Schwiegermutterschwester = Schwiegermutter, Sohn = Brudersohn (wenn ein Mann spricht), Sohn = Schwestersohn (wenn eine Frau spricht). Sehen wir uns nun bei den Australstämmen um, so finden wir eine Reihe dieser Gleichungen. Es sei Folgendes angeführt [7]):

Arunta:

Oknia Vater = Vaterbruder,
Mia Mutter = Mutterschwester,
Okilia älterer Bruder = Vaters (älterer) Brudersohn,
Itia jüngerer Bruder = Vaters (jüngerer) Brudersohn,
Unawa Ehemann = Ehemann der Schwester,
Unawa Ehefrau = Ehefrau des Bruders.

Dabei giebt es allerdings Besonderheiten, z. B. Allira ist Sohn = Brudersohn, letzteres aber auch von Seiten einer Frau; Umba ist Sohn = Schwestersohn, letzteres aber auch von Seiten eines Mannes; was unregelmässig ist.

Luritscha:

Kartu Vater = Vaterbruder,
Yaku Mutter = Mutterschwester,
Kurta älterer Bruder = Vaters (älterer) Brudersohn,
Mirlunguna jüngerer Bruder = Vaters (jüngerer) Brudersohn,
Kuri Ehemann = Bruder des Ehemanns,

---

5) Wenn eine Frau spricht!

6) Wenn ein Mann spricht!

7) Nach Spencer und Gillen S. 76 ff.

Kuri Ehefrau = Schwester der Ehefrau,
Waputhu Schwiegervater (Vater der Frau) = Schwiegervaterbruder,
Umarri Schwiegermutter = Schwiegermutterschwester.

Kaitisch:

Akaurli Vater = Vaterbruder,
Arungwa Mutter = Mutterschwester,
Alkiriia älterer Bruder = Vaters (ältester) Brudersohn,
Achirri jüngerer Bruder = Vaters (jüngerer) Brudersohn,
Umbirniia Ehemann = Bruder des Ehemanns = Ehemann der Schwester.

Eigenthümlich ist, dass Umbirniia auch der Bruder der Frau heisst.

Einige Besonderheiten haben sich also naturgemäss da und dort eingeschlichen; fast durchgängig finden wir aber die Gesetze der classificatorischen Verwandtschaft bestätigt.

§ 6.

Allmählich und schrittweise ist die Gruppenehe zu individuellen Beziehungen und Bezeichnungen übergegangen: das ist nicht verwunderlich; höchstens das ist zu verwundern, dass so überaus lange noch die gruppenehelichen Benennungen im Grossen und Ganzen verblieben, als die Gruppenehe im Leben mehr oder minder erlosch. So wird allmählich Vater und Vaterbruder dadurch unterschieden, dass der Vaterbruder der andere Vater oder der kleine Vater heisst. Dann und wann wird auch mit der Gruppenbezeichnung ganz gebrochen. Dass dies alles aus der natürlichen Entwickelung folgt und nicht gegen die Gruppenehe spricht, versteht sich von selber, und was daher in dem sonst förderlichen Werke von Cunow, Die Verwandtschaftsorganisation der Australneger, S. 162, hierüber gesagt ist, geht fehl. Ebenso ist es begreiflich, dass, wenn die Gruppenehe sich im Leben individualisirt, dies bald eine Totalindividualisirung ist, bald so, dass die Gruppe sich ver-

kleinert und sich auf bestimmte Personen beschränkt, die durch die Volksversammlung ausgewählt werden. Daraus erklärt sich von selbst, dass bei der oben geschilderten Pirauru-Ehe sich das Pirauru-Verhältniss nicht so weit erstreckt, wie die Bezeichnung Ehemann und Ehefrau. Daraus folgt ferner, dass das Nebeneinander der mehreren Ehemänner leicht in ein Nacheinander übergeht und A_1 zunächst b_1 heirathet, und erst, wenn A_2 stirbt, auch die b_2 zu sich nimmt u. s. w. (Leviratsehe)[8]. In allen diesen Verhältnissen sind eben Entwickelungsformen zu erkennen.

Die Individualisirung der Gruppenehe aber erfolgt aus verschiedenen Anlässen. Die Raub- und Tauschehe hat dabei eine grosse Rolle gespielt. Wir finden denn auch, wo überall die Individualehe entwickelt ist, die eine oder andere Einrichtung. So die Zwangsentführung bei den Kunandaburi und Kuinmurbura (man spricht hier von mamera = Stehlen der Frau), Howitt, S. 123; noch häufiger die freiwillige Entführung, so bei den Kurnai, Wuworung, Murring (ebenda S. 119 f. 120). Ebenso auch den Frauentausch, oft in jungen Lebensjahren, so bei den Wotjobaluk, Wakelbura, wobei, je nach Vater- und Mutterrecht, der Vater oder die Mutter und die Brüder das Mädchen verheirathen (S. 116 f.).

§ 7.

Zu den interessantesten Ergebnissen der neuesten Forschungen über die Australneger gehört auch die Thatsache, dass die exogame Gruppenehe nicht das Ursprüngliche gewesen ist, sondern ihr endogame Verhältnisse vorhergegangen sein müssen. Damit ist ein weiterer Theil der Morgan'schen Aufstellungen glänzend bestätigt, und damit auch bestätigt, was ich bereits hervorgehoben, dass diese Völker Entwickelungen und Umwandlungen in grossem Maasse an sich erfahren

---

[8]) Darüber unten S. 274.

haben, so dass nichts unrichtiger ist, als anzunehmen, dass sie ausserhalb der Zeit und ausserhalb des völkergeschichtlichen Werdens stünden. Dass die Exogamie nicht das Ursprüngliche war, geht einmal aus der Volkssage hervor; denn die Alcheringa-Mythen weisen auf Zeiten zurück, in denen eine Binnenehe stattgefunden hat. Ja, es haben sich sogar Erinnerungen erhalten an geschichtliche Vorgänge, welche diese ungeheure Umwälzung herbeigeführt haben. Näheres lässt sich natürlich darüber nicht ermitteln, da wir nur verblasste Nachklänge ehemaliger geschichtlicher Ereignisse erwarten können. Vgl. dazu Spencer und Gillen, S. 418 f.; ferner die Sage der Dieri, die bei Cunow, S. 109, mitgetheilt ist. Dafür sprechen auch zweitens die merkwürdigen Ehegebräuche, die darin bestehen, dass die Neuvermählte, nachdem sie durch eine Operation deflorirt worden ist, sich zuvor verschiedenen Männern preisgeben muss, bevor sie in die Einzelehe tritt, und zwar nicht etwa bloss aus der ihr zukommenden Männergruppe, sondern auch Männern aus der ihr sonst verbotenen Classe, Männern der Ipmuna- und Unkulla-Gruppe, — also ein jus primae noctis merkwürdigster Art! Vgl. Spencer und Gillen, S. 93 f. Warum hat man derartige Gebräuche? Sie sind die restlichen Formen ehemaliger Rechtsgewohnheiten, die noch einmal kurz hervortreten, bevor sie durch die neue Art des Lebensbetriebes verdrängt werden.

Die Exogamie hat sich allerdings mit vieler Kraft entwickelt. Es muss eine gewaltige Energie gewesen sein, welche die Völker zur Aussenehe führte, und insbesondere eine gewaltige Neuerung der religiösen und sittlichen Anschauungen. Die Verletzung der Exogamie gilt überall, wo die Völker das Verbot aufgestellt haben, als ein furchtbarer Frevel, als ein Greuel, etwa ebenso, wie z. B. im Mittelalter die Päderastie. Wer das Verbot bricht, ist ein Iturka, und das ist der schwerste Vorwurf, der Jemanden treffen kann: er ist dem Tod verfallen. Vgl. Spencer und Gillen, S. 99,

495. So tritt Todesstrafe ein bei den Kurnai, Wuworung, Dieri, Wakelbura; vgl. die Nachweise bei Howitt in den Transactions p. 121 f.

Mit der Exogamie hat sich die Schwiegerscheu entwickelt. Schon darum muss diese Neuerung mit tiefen religiösen Umwälzungen verbunden gewesen sein. Die Schwiegerscheu besteht bekanntlich darin, dass die im Schwiegerschaftsverhältniss Stehenden einander ausweichen müssen, namentlich Schwiegermutter und Schwiegersohn, — eine universell über den ganzen Erdkreis verbreitete Erscheinung. Der Schwiegersohn darf auch kein Fleisch essen, das der Schwiegervater erlegt hat (Spencer und Gillen, S. 469), während er allerdings umgekehrt mit dem Schwiegervater theilt, was er selbst gefangen hat. Er darf auch der Leichenfeier für den Schwiegervater nicht anwohnen (Spencer und Gillen, S. 499). Ein ähnliches Verhältniss findet statt zwischen Bruder und Schwester: sie müssen ebenfalls einander vermeiden, und zwar in verschiedener Weise, je nachdem die Schwester eine jüngere oder ältere Schwester ist.

Die Verbindung zwischen Verwandtschaft und Scheu zeigt sich auch bei der Blutsbrüderschaft: auch Blutsbrüder, deren Verwandtschaft durch Bluttrinken entsteht, müssen einander zeitweise vermeiden, Spencer und Gillen, S. 461 f.

Derartige Entwickelungen sind übrigens nicht die einzigen. Sicher hat ehemals bei den Australnegern der Kannibalismus bestanden, und zwar gegenüber Lebenden, nicht etwa bloss gegenüber Verstorbenen. Während der Todtenkannibalismus noch fortbesteht, ist der erstere verschwunden; aber Gebräuche bei der Jünglingsweihe deuten sinnbildlich noch auf die ehemaligen Uebungen hin, Spencer und Gillen, S. 473 f.

§ 8.

Die Stämme sind theils mutterrechtlich, theils vaterrechtlich. Das Vaterrecht ist später entstanden, was sich nicht

nur aus allgemeinen Gründen ergiebt, sondern auch daraus, dass noch Spuren des Mutterrechts übrig geblieben sind. Wer Wild fängt, hat einen Theil seiner Familie abzugeben, und wenn die Familie vaterrechtlich ist, dieser; es besteht aber vielfach noch die Pflicht, auch der Mutterfamilie einen Theil auszufolgen (Spencer und Gillen, S. 470). Die Hinterlassenschaft, soweit von solcher die Rede ist, wozu insbesondere die Haargürtel gehören, kommt bei vaterrechtlichen Stämmen an die patriarchale Verwandtschaft, aber einiges fällt doch auch an die mütterliche Seite (ibid. S. 539). Entsprechend diesem Uebergang zum Vaterrecht finden wir auch Couvadesitten, nämlich 1. in den drei bis vier ersten Monaten der Schwangerschaft darf der Mann keinen Speer werfen; das würde sonst das Kind ungünstig beeinflussen und die Schwangerschaft erschweren, oder das Kind würde den Speer ablenken (Spencer und Gillen, S. 471). Ausserdem nimmt man 2. an, dass der Vater die Möglichkeit hat, wenn die Geburt Schwierigkeit findet, das Kind dadurch, dass er vor der Hütte in der Nähe hin und her geht, nach sich zu ziehen und dadurch die Geburt zu beschleunigen (ibid. S. 467).

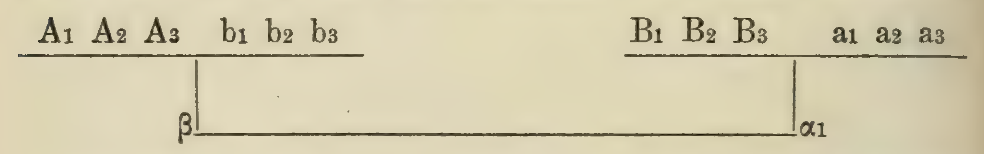
§ 9.

So weit die Australneger; aber auch die Malayen bieten deutliche Spuren ehemaliger Gruppenehe. So weist namentlich die Art der Menankabau auf Sumatra auf ehemalige Gruppenverhältnisse hin[9]), auf Gruppenverhältnisse mit exogamen Gruppen. Die Gruppe heisst Suku, und für die ehemalige Gruppenehe spricht: 1. die der Gruppenehe eigene Verheirathung von Cousin und Cousine; und zwar heirathen sich regelmässig die sogen. Kamanakan: man verheirathet sich mit Mutterbrudertochter oder Vaterschwestertochter, ganz ent-

---

[9]) Ueber sie vgl. van Eerde in der Tijdschrift der Genossenschaft von Batavia 44 S. 387 f., 394 f. Vgl. auch oben S. 231 f.

sprechend den ehemaligen gruppenehelichen Verhältnissen, wo der Bruder der Mutter die Schwester des Vaters heirathete.



Betrachten wir dieses Diagramm, so heirathet β die α_1, welche die Tochter des B_1 (des Mutterbruders des β) und der a_1 (der Vaterschwester des β) ist.

2. Der Gruppenehe entspricht auch die Leviratsehe, in der Art, dass man die Wittwe des Bruders oder die Schwester der Frau heirathet. Beides ist ursprünglich dasselbe, wie aus dem obigen Schema von selbst hevorgeht.

In dieser Beziehung habe ich noch einiges zu bemerken, da man mir vorgehalten hat, ich behandle ohne genügenden Beweis die Leviratsehe als Zeugniss ehemaliger Gruppenehe. Es ist ja selbstverständlich, dass nicht jede Leviratsehe auf Gruppenehe zurückgeht. Vielmehr kann die Leviratsehe auch ein Zeugniss stark entwickelter patriarchaler Verhältnisse sein, indem a) der Levir (Schwager) für seinen (verstorbenen) Bruder ein Kind zu zeugen hat, welches nach den Grundsätzen des Vaterrechts diesem (verstorbenen) Bruder gehört oder indem b) die Wittwe als Erbgut dem Bruder ihres Mannes zufällt.

In diesen Fällen ist die Leviratsehe Ausfluss eines stark entwickelten vaterrechtlichen Gedankens: sie beruht auf Herrschafts- und Anspruchsverhältnissen, die sich durch das Vaterrecht entwickelt haben. In mutterrechtlichen Verhältnissen aber haben alle diese Deutungen keinen Stand; die einzige Deutung ist hier die, dass wir eine Reminiscenz ehemaliger gruppenehelicher Verhältnisse vor uns haben, wonach zuerst die verschiedenen Schwestern die verschiedenen Brüder heiratheten, was dann später in der Art abgeschwächt wurde, dass sich zunächst nur jeweils ein Paar heirathete, aber im Falle des Todes oder eingetretener Hindernisse der Bruder an Stelle des Bruders, die Schwester an Stelle der Schwester eintreten musste.

Irgend eine Ableitung der Leviratsehe in diesem Falle aus vaterrechtlichen Gesichtspunkten ist verfehlt und widerspricht den Regeln der Wissenschaft. Das Levirat ist hier vielmehr gruppeneheliches Levirat.

Auf die Gruppenehe deutet aber noch 3. der Grundsatz hin, dass stets die ältere Schwester und nie die jüngere zuerst verheirathet wird, ein Grundsatz, der sich bekanntlich in gleicher Weise bei den verschiedensten späteren Völkern findet. Der Gedanke ist ursprünglich der: wer die ältere Schwester heirathet, heirathet damit auch die jüngere. Eine Ehe der jüngeren in der Art, dass die ältere unverheirathet bleibt, ist von selbst ausgeschlossen. Als nun die Entwickelung sich dahin splitterte, dass die Ehe mit der älteren Schwester nicht schon die Ehe mit der jüngeren zur Folge hatte, so blieb doch noch immer der Gedanke übrig, dass die Heirath jederzeit mit der älteren Schwester anfangen müsse.

Interessant ist, dass dieser Grundsatz bei malayischen Stämmen, wie auch sonst, zu dem System der Scheinehe geführt hat, wonach das ältere Geschwister, um dem jüngeren die Heirath zu ermöglichen, sich mit einem Bild verheirathet. Dies wird von den Sudanesen bestätigt[10]). Bei anderen Stämmen muss in solchem Fall der Ehemann der jüngeren Schwester den älteren Schwestern Kleider schenken[11]).

4. Die Adoption der Malayen geht gleichfalls auf die Gruppenehe zurück. Ursprünglich ist der Mann zu gleicher Zeit Vater der Kinder seines Bruders, die Frau zu gleicher Zeit Mutter der Kinder ihrer Schwester. So erklärt sich, dass, wenn die Gruppenehe sich splittert, doch noch der Brauch übrig bleibt, dass der Bruder den Sohn des Bruders, die Schwester den Sohn der Schwester als Kind an sich nimmt; denn es kam ja ursprünglich nicht darauf an, ob das Kind

---

[10]) Vgl. Jacobs en Meijer, Badoejs S. 96.

[11]) Der sogen. Adat plangkaan, Helfrich, Lampongsch-hollandsche wordenlijst unter Adat.

von dem einen oder anderen der Gruppenmänner oder von der einen oder anderen der Gruppenfrauen herrührte: es gehörte der Gruppe und die Zuweisung an den einen oder anderen der Gruppe war ursprünglich nur etwas Thatsächliches. Daher findet sich Adoption auch meistens in der Art, dass man Brudersohn oder Schwestersohn ankindet, so z. B. die Toradjas auf Mittelcelebes[12]). Damit stimmt auch überein, dass das Adoptivkind doch auch noch Erbrecht in der leiblichen Familie behält; während im übrigen der Adoptivvater Mundwalt ist und, wenn das Kind verheirathet wird, den Brautschatz an sich nimmt. Allerdings geht aus der Darstellung Kruijt's zwar hervor, dass sowohl Oheim als auch Tante adoptiren, nicht aber, dass es stets der Oheim ist, der den Brudersohn, und stets die Tante, welche den Schwestersohn adoptirt. Doch ist dies wohl nach aller Analogie anzunehmen und wird, wie ich glaube, durch nähere Nachforschungen bestätigt werden.

5. Dafür spricht der uralte Totemismus. Besonders deutlich ist er bei den Menankabaus entwickelt. Hier nimmt man an, dass gewisse Geschlechter von Tigern oder Krokodilen herrühren, so insbesondere auch der als Gesetzgeber berühmte Katumangungan. Darum werden solche Thiere nicht oder nur im Nothfall getödtet. Von Fischen nimmt man an, dass Kinder in sie verwandelt seien, weshalb sie nicht gegessen werden[13]). Auch bei den Lampongern auf Kroë werden Tiger und Krokodile als Vorfahren verehrt und darum nur ausnahmsweise getödtet; und werden sie getödtet, so wird der Tiger noch besonders verziert, d. h. es wird ihm Ehrfurcht erwiesen[14]).

Als Ueberrest des ehemaligen Totemismus muss der überall verbreitete Wertiger- und Werwolfglaube gelten. Auf diesen

[12]) Vgl. hierüber und zum folgenden Kruijt in der genannten Tijdschrift 41 S. 81 f.

[13]) Vgl. Toorn in den Bijdragen der Niederl. Ind. Gesellsch. 39, S. 48 f.

[14]) Vgl. darüber Helfrich in den Bijdragen 38, S. 532 f.

ist anderwärts einzugehen. Vgl. (bezüglich der Battaks) Helderman in Tijdschrift 34, S. 170 f.; sodann Knebel ebenda 41 S. 571; Groot in den Bijdragen 49 S. 552 f.

§ 10.

Nach alledem kann nur die Frage sein, ob wir die Gruppenehe bloss als eine Erscheinung gewisser Völkergruppen: Australneger, Papua, Drawida, Polynesier, Malayen, Howa, Rothhäute[15]), anzusehen haben, oder ob die Meinung begründet ist, dass sie überhaupt unserem Menschengeschlecht zu Grunde liegt und ein ursprüngliches Erbtheil der ganzen Menschengattung gewesen ist. Für das letztere spricht 1. die erstaunliche Gleichheit in den Grundprincipien der Entwickelung der menschlichen Rassen überhaupt; dafür spricht 2. die Thatsache, dass die mit der Gruppenehe in nächster Verbindung stehende Einrichtung des Totemismus und Werwolfglaubens sich durchgehends in der Menschheit findet und, wo sie im Leben verschwunden ist, noch in Sagen und Mythen fortlebt; dafür spricht 3. das durchgängige Vorkommen von Instituten wie Schwiegerscheu auf dem ganzen Erdkreise, also von Instituten, die mit der Entwickelung der Gruppenehe im nächsten Zusammenhang stehen; dafür spricht endlich 4. die Erscheinung, dass, wo sich aus der Gruppenehe Einzeleheverhältnisse entwickelt haben, in Verbindung mit der Raub-, Tausch- und Kaufform, diese Eheformen die volle Analogie bilden zu den Eheformen, die wir bei solchen Völkern finden, von deren Gruppenehe wir keine Kunde mehr besitzen.

Das dürfte genügen, um, soweit überhaupt in derartigen Dingen ein Beweis möglich ist, die Ueberzeugung zu begründen, dass wir in der Gruppenehe die älteste Familienform

---

[15]) Ueber die Papua Zeitschr. XIV S. 326 f.; über die Polynesier, Zeitschr. XII S. 441 f., XIV S. 410 f.; über die Rothhäute und die Drawida vgl. Urgeschichte der Ehe S. 65 f. (Zeitschr. XII S. 251 f.) Ueber die Howa ist anderwärts zu handeln.

der Menschheit besitzen und dass sie in dem ursprünglichen Naturtrieb der menschlichen Gattung begründet ist. Ueberflüssig ist es, noch denen zu erwidern, welche uns entgegenhalten, dass bei vielen Thieren bereits entwickelte monogame Verhältnisse vorkommen; denn es beruht auf einer vollen Verkennung der Geschichte der Thierwelt, anzunehmen, dass intelligent höher stehende Thiere auch in ihren sexuellen Anlagen und Neigungen geziemendere und discretere Formen bewiesen. Das ist schon anderwärts so deutlich hervorgehoben worden, dass es gänzlich verfehlt wäre, wollten wir gegentheilige Aussprüche überhaupt noch berücksichtigen. Was den Menschen zur Cultur befähigt hat, ist seine entwickelte Intelligenz, die Entwickelung der Redewerkzeuge, die Entwickelung der Hand, und vor Allem der ungeheure sociale Trieb. Das sind alles Dinge, welche mit den Geboten der Wohlanständigkeit, um das Wort zu gebrauchen, und des discreten Sinnengenusses in keiner Beziehung stehen. Vielmehr war gerade dem socialen Wesen des Menschen eine Eheform wie die Gruppenehe, die uns so wild und abschreckend erscheint, völlig angemessen; denn sie hat ursprünglich die Völker zusammengehalten, als sie mit den mächtigen Feinden zu kämpfen hatten unter so schwierigen Nahrungs- und Vertheidigungsverhältnissen, dass die Erhaltung der menschlichen Gattung fast als Wunder erscheinen muss.

Dagegen will ich noch auf die Einwendungen zweier bedeutender Forscher, Dürckheim und Steinmetz, eingehen.

Nur mit Verwunderung kann ich die Einwürfe von Dürckheim, Année sociologique I, p. 314 f. lesen. Sie zielen dahin: Wie konnte man ein Kind für das Kind verschiedener Mütter halten? So etwas sei bei Unsicherheit der Vaterschaft möglich, nicht aber bei der Mutterschaft.

Dies ist ein völliges Missverständniss. Das ganze Gruppeneheverhältniss beruht nicht etwa auf der Unsicherheit dessen, wer Vater oder Mutter ist, sondern es beruht darauf, dass die Gruppe selbst als Vater oder Mutter betrachtet wird. Mutterschaft

will daher nicht heissen, dass das Kind von der betreffenden Mutter geboren sei, sondern dass es der Frauengruppe entstammt, zu welcher die betreffende Mutter gehört. Hätte eine Mutter zehn Gebärorgane, so wäre das Kind eines jeden Organs ihr Kind; und so ist das Kind einer jeden Frau der Gruppe Kind der Gruppe. Damit fällt der ganze Einwurf zusammen.

Noch weniger beweisen die Gegengründe von Steinmetz in der Zeitschrift für Socialwissenschaft II, S. 816 f. Dass ich nicht den Versuch gemacht hätte, die Verwandtschaftsbezeichnungen in anderer Weise zu erklären, ist unrichtig; alle anderen Versuche müssen sich sofort als so hinfällig erweisen, dass man nothgedrungen von selber auf die Beziehung zwischen Verwandtschaftsbezeichnung und Gruppenehe gelangt, vorausgesetzt, dass man sich in diese Bezeichnungen hinein vertieft und nicht etwa bloss das eine oder andere herausgreift. Offenbar unrichtige Einfälle aber, die man zur Erklärung aufwerfen könnte, zu widerlegen, ist nicht meine Sache. Was aber die Verhältnisse der Omaha betrifft, über die ich in der Urgeschichte der Ehe gehandelt und die er ebenfalls erwähnt, so liegt der Kern meines Nachweises gerade darin, dass den dortigen Verwandtschaftsbezeichnungen das natürliche Leben entspricht; und ist dies bei einem so verwickelten System der Verwandtschaftsbezeichnung der Fall, so ist zu schliessen, dass überhaupt die Verwandtschaftsbezeichnung der Art des Lebens gemäss war. Allerdings weist, wie bereits bemerkt, das Gruppeneheleben in seinen späteren Entwickelungsstufen nicht selten die Gestaltung auf, dass mehrere Männer nicht gleichzeitig mit mehreren Frauen leben, sondern der eine bevorzugt ist und die übrigen nur eintreten in Ermangelung des ersten; dies ist aber sehr begreiflich: die ähnlichen Beispiele bei den Australnegern beweisen auch, dass der zweite Mann nicht etwa bloss beim Tod des ersten eintritt, sondern auch bei sonstigen Verhinderungen; es ist daher unrichtig, dies als ein gewöhnliches Levirat darzustellen; es ist

ein gruppenrechtliches Levirat (vgl. oben S. 274 f.). Im Uebrigen sind die früheren Nachweise nunmehr durch die neuen Forschungen so sehr erweitert worden, dass ich hoffe, dass ein Forscher wie Steinmetz seine Bedenken aufgeben wird. Wenn er übrigens annimmt, die Hauptsache bestehe darin, die Gruppenehe als nothwendigen Ausfluss allgemeiner ökonomischer oder psychologischer Verhältnisse zu erweisen, so heisst das mit dem Ende anfangen; denn, ebenso wie bei der Sprache, muss auch bei Recht und Sitte zuerst das Thatsachenmaterial gekennzeichnet werden, und dann erst sind die seelischen und leiblichen Umstände zu erforschen, welche zu diesen Bildungen geführt haben; wobei allerdings nicht ausgeschlossen ist, dass, wie bei der Sprache, auch hier schon vorher manchmal die Forschung in der einen oder anderen Beziehung durch solche Momente unterstützt werden kann. Aber es ist etwas ganz anderes, die psychologischen Bedingungen als Voraussetzung für die geschichtliche Construction zu bezeichnen, und etwas ganz anderes ist es, die Geschichte vorbehaltlos zu erforschen und bei dieser Forschung beihelfend solche Gesichtspunkte heranzuziehen.

XIV.

Entwurf eines Checkgesetzes für das Deutsche Reich.

Nebst Begründung[1]).

Von

B. H. Moltmann.

Gesetzentwurf.

§ 1.

Diesem Gesetze unterstehen Urkunden, welche

1. sich im Texte selbst als Check bezeichnen;

2. eine an den Bezogenen gerichtete, vom Aussteller unterschriebene Aufforderung enthalten, aus dessen Guthaben eine Geldsumme an den bezeichneten Checkberechtigten zu zahlen.

§ 2.

Auf eine bestimmte Person (oder Firma) oder deren Order gestellte Checks sind durch Indossament, auf eine bestimmte Person (oder Firma) oder Ueberbringer gestellte Checks sind durch Aushändigung der Urkunde übertragbar.

Indossament an den Bezogenen ist Quittung.

§ 3.

Checks sind binnen 5 Werktagen nach dem Tage der Ausstellung dem Bezogenen zur Zahlung zu präsentiren. Bei

---

[1]) [Der Verfasser hat über diese Materie in meinen handelsrechtlichen Uebungen gearbeitet. Kohler.]

im Auslande ausgestellten Checks verlängert sich diese Frist um den Zeitraum, welcher erforderlich ist, um den Check mit den regelmässigen Transportmitteln vom Ausstellungsorte zum Zahlungsorte zu befördern.

§ 4.

Buchübertragung vom Conto des Ausstellers auf das des Checkberechtigten steht der Einlösung gleich.

§ 5.

Widerruf des Checks seitens des Ausstellers hat rechtliche Wirksamkeit nur, wenn er nach Ablauf der Präsentationsfrist erlassen ist.

§ 6.

Checks mit der quer über die Vorderseite gesetzten Klausel „Nur zur Verrechnung“ darf der Bezogene nur durch Verrechnung einlösen. Zuwiderhandeln macht schadensersatzpflichtig.

§ 7.

Der Bezogene ist dem Checkberechtigten zur Einlösung des Checks unmittelbar verpflichtet, insofern der Aussteller ein hinreichendes Guthaben bei ihm besitzt.

§ 8.

Reicht das Guthaben zur Einlösung der präsentirten Checks nicht aus, so hat der Bezogene die Einlösungen einzustellen und den Aussteller sofort hiervon zu benachrichtigen.

§ 9.

Der Aussteller und die Indossanten haften dem Checkberechtigten für die Einlösung des Checks.

§ 10.

Zur Ausübung der Rechte aus den §§ 7 und 9 bedarf es eines Nachweises der rechtzeitigen Präsentation und der Nicht-

einlösung durch wechselmässigen Protest oder durch die vom Bezogenen auf den Check gesetzte und datirte Zahlungsverweigerung.

§ 11.

Die Ansprüche aus den §§ 6, 7 und 9 verjähren, wenn der Check in Europa zahlbar ist, in 3 Monaten, anderenfalls in 6 Monaten.

§ 12.

So weit aus diesem Gesetze sich nicht etwas anderes ergiebt, finden auf die in § 1 bezeichneten Urkunden die für den Wechsel geltenden Bestimmungen sinngemässe Anwendung.

Begründung.

Checkgesetzbestrebungen.

Seit nunmehr 25 Jahren wird von allen competenten Stellen auf die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Checkverkehrs in Deutschland hingewiesen, der trotz seiner wachsenden Bedeutung in der Gesammtorganisation des deutschen Zahlungsverkehrs[2]) noch immer an einer verhängnissvollen Rechtsunsicherheit leidet. Im September 1879 verlieh zum ersten Male die Braunschweiger Handelskammer dem sich immer fühlbarer machenden Bedürfniss öffentlich Ausdruck und bezeichnete durch den Entwurf eines Checkgesetzes den Weg für eine Codification. Welche Bedeutung schon damals diesem Problem beigelegt wurde, zeigt die rasche Folge der Checkgesetzentwürfe[3]). Noch im Jahre 1879 trat die Mannheimer Handelskammer mit einem von Dr. Landgraf verfassten Gegenentwurf auf[4]). Auch die Reichsbank, die gerade damals sehr

---

[2]) Siehe hierüber die Jubiläumsschrift der Reichsbank 1900.

[3]) Die Checkgesetzentwürfe sind von Riesser kritisch behandelt.

[4]) Landgraf, Gutachten und Gesetzentwurf 1879.

zur Verbreitung des Checkverkehrs durch diesbezügliche Einrichtungen beitrug, trat energisch für die Codification eines deutschen Checkrechtes ein. Im Jahre 1882 veröffentlichte sie einen eigenen Entwurf. In Wort und Schrift plaidirte Dr. Koch, der nachmalige Reichsbankpräsident, für die unbedingt nothwendige Gewährung des Rechtsschutzes für eines unserer bedeutendsten Zahlungsmittel[5]). Der XVII. Juristentag fasste im Jahre 1884 eine auf dasselbe Ziel gerichtete Resolution, mit der freilich eine starke Minorität, welche an der Devise: „Es geht auch so!“ festhielt, nicht einverstanden war. Jedoch schon 4 Jahre später sprach auch die höchste juristische Autorität, das Reichsgericht, die Nothwendigkeit eines Checkgesetzes ausdrücklich aus (Entsch. in Strafs. 1888, XVIII., S. 160). Jetzt trat auch die Regierung der Frage näher und legte im Jahre 1892 dem Bundesrath den Entwurf eines Checkgesetzes vor, welcher von diesem durchberathen wurde, aber nicht an den Reichstag gelangte. Dieser Entwurf veranlasste den Director der Bank des Berliner Kassenvereins, Hoppenstedt, seine Stimme zum Widerspruch zu erheben; er wies nach, dass der Entwurf in seiner vorliegenden Form in wichtigen Materien keineswegs den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprach, und stellte seinerseits Thesen auf[6]).

Trotz der allgemeinen Anerkennung der Nothwendigkeit[7]), trotz der vielen Entwürfe ist ein Checkgesetz bisher nicht zu Stande gekommen. Auf der einen Seite erschallt der Ruf nach einer dringend nothwendigen gesetzlichen Fixirung der rechtlichen Stellung des Checkberechtigten[8]); von der anderen

---

[5]) R. Koch, Vorträge und Aufsätze 1892.

[6]) Hoppenstedt, Zum Checkgesetz und ein zweites Wort zum Checkgesetz 1892.

[7]) Am trefflichsten dargelegt in R. Koch, Ueber Bedürfniss und Inhalt eines Checkgesetzes für das Deutsche Reich 1882.

[8]) Als Checkberechtigter ist im Folgenden der berechtigte Inhaber des Checks bezeichnet; die Bezeichnungen Checkaussteller und Bezogener werden im Folgenden auf die bezüglichen Personen auch bereits vor dem Act der Checkausstellung angewendet.

Seite werden Gesetzentwürfe geliefert, die erkennen lassen, dass dieser Kardinalpunkt des ganzen Checkrechtes einer genügenden Würdigung nicht unterzogen ist. Dieser Gegensatz zwischen dem dringendsten Bedürfniss des Checkverkehrs und den unbefriedigenden Darbietungen der legislativen Bestrebungen, der eine Checkgesetzgebung nicht zuliess, findet seine Erklärung wohl darin, dass

1. die Hauptaufgabe, welche sich eine deutsche Checkgesetzgebung zu stellen hat, noch nicht klar genug zu Tage liegt und dass

2. es an einer genügend klaren Erkenntniss der thatsächlichen Verhältnisse des Checkverkehrs und ihrer rechtlichen Bedeutung fehlt, die aber unbedingt erforderlich ist, um obige Aufgabe zu lösen.

In dieser zweifachen Hinsicht versucht vorliegende Arbeit aufklärend zu wirken[9]). Sie macht sich in erster Linie zum Grundsatz, das Wesentliche vom Unwesentlichen zu scheiden; sie behandelt in diesem allgemeinen Theil nur die Kardinalfrage des Checkrechtes, die Stellung des Checkberechtigten; die weniger wichtigen Fragen finden in der Begründung der einzelnen Paragraphen des beiliegenden Gesetzentwurfes eine kurze Erledigung.

Die Hauptaufgabe, welche sich eine deutsche Checkgesetzgebung zu stellen hat, wird dargelegt unter Zuhülfenahme der vergleichenden Rechtswissenschaft[10]). Welche rechtliche Stellung weisen das französische und englische Checkgesetz dem Checkberechtigten zu? — so lautet die Frage. Ihre Beantwortung wird das Ziel zeigen, welches auch die deutsche Checkgesetzgebung zu erreichen haben wird, wenn auch vielleicht auf Grund anderer juristischer Construction.

Liegt das Ziel klar vor Augen, so fragt es sich weiter:

---

[9]) Die bisherige Literatur siehe im Handwörterbuch der Staatsw. unter „Check“.

[10]) Siehe besonders die Veröffentlichungen Cohn's.

Auf welchem Wege sucht die deutsche Rechtswissenschaft es zu erreichen, und wird sie es auf dem von ihr beschrittenen Wege überhaupt erreichen? Muss diese letztere Frage negirt werden — und das wird der Fall sein —, so sehen wir uns in die Lage versetzt, von Grund aus an den Neubau eines checkrechtlichen Systems heranzutreten. Eine unbefangene Beurtheilung der Aufgabe des Checks in der Gesammtorganisation unseres Zahlungsverkehrs und der den Check erzeugenden Verträge, sowie eine richtige Prüfung der letzteren auf ihre rechtliche Bedeutung wird nicht verfehlen können, uns den Weg zu zeigen, den allein die deutsche Checkgesetzgebung gehen kann, wenn sie das ihr von den fremden Rechten vorgezeichnete Ziel erreichen will. Wir werden zu einem Resultat gelangen, welches dem Checkberechtigten diejenige gesicherte rechtliche Stellung zuweist, wie sie den berechtigten Interessen des Verkehrs entspricht.

Die Hauptaufgabe einer deutschen Checkgesetzgebung dargelegt an den Resultaten der französischen und englischen.

a) Das französische Recht.

Das französische Recht[11]) bezeichnet den Check als l'écrit qui sous la forme d'un mandat de payement sert au tireur à effectuer le retrait à son profit ou au profit d'un tiers de tout ou partie de fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles. Nur rein formell wird der Check von der Anweisung und dem Wechsel unterschieden; in der Praxis dient lediglich die Höhe des aufgesetzten Stempelbetrages als Unterscheidungsmerkmal. Einen principiell materiellen Unterschied erkennt weder das Gesetz noch die Rechtswissenschaft an[12]). Demgemäss ist auch die rechtliche Stellung des Checkberech-

---

[11]) Loi, concernant les Chèques, du 14 juin 1865 und Loi du 19 février 1874.

[12]) Lyon-Caën, Précis de droit comm. S. 1363 ff.; Boistel § 868.

tigten die gleiche wie die des Inhabers einer Anweisung oder eines Wechsels: Er hat an der Deckung Eigenthum.

Das französische Checkgesetz verlangt, dass zur Zeit der Ausstellung des Checks eine provision préalable[13]) vorhanden sei, und allein auf dieser Basis konnte es zu der genannten Fixirung der rechtlichen Stellung des Checkberechtigten kommen; ihm wird eben durch die Checkausstellung das Eigenthum an der provision préalable cedirt. Dass aber eine solche in Praxis zur Zeit der Checkausstellung immer besteht, ist unwahrscheinlich; ob das Gesetz die Bestimmung wirklich so ernst meint, scheint zweifelhaft, wenn man bei der doch principiellen materiellen Gleichstellung des Checks mit dem Wechsel Code de commerce art. 116 heranzieht:

„Il y a provision, si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour le compte de qui elle est tirée d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change."

J.-A. Rogron sagt in seinem Kommentar hierzu: „C'est à cette époque seulement que le preneur a intérêt à ce que la provision soit dans les mains de l'accepteur; l'obligation du tireur est donc remplie lorsqu'il y a provision à cette époque.

Nur ob zur Zeit des Verfalls eine Deckung vorhanden ist, lässt sich überhaupt controlliren. War eine solche zur Zeit der Ausstellung nicht vorhanden, wurde sie aber vor Verfall beschafft, so wird wohl nie der Art. 6 des Gesetzes vom 14. Juni 1865 in Kraft treten, welcher das Ausstellen von Checks trotz des Fehlens eines hinreichenden Guthabens zur Zeit der Ausstellung mit Strafe bedroht. Mag der Aussteller zur Zeit der Ausstellung ein hinreichendes Guthaben besitzen oder mag er die Deckung erst später beschaffen, in jedem Fall hat der Checkberechtigte la propriété de la provision.

Jedoch nicht, ob das Recht des Checkberechtigten als Eigenthum an der Deckung juristisch richtig construirt ist,

---

[13]) Gesetz von 1865, § 2.

soll hier weiter erörtert werden; von Bedeutung ist hier nur, dass der Checkberechtigte ein unmittelbares Recht gegen den Bezogenen hat.

Neben diesem primären Recht erwächst ihm noch ein zweites aus dem Check, welches in Kraft tritt, im Falle ersteres nicht durchgesetzt werden kann: le recours contre les endosseurs et le tireur (art. 5) oder das Regressrecht. Dieses kann der Checkberechtigte geltend machen, wenn er innerhalb der Präsentationszeit vom Bezogenen Honorirung des Checks verlangt, ohne Erfolg hierbei zu haben, sei es, weil der Bezogene die Auslieferung der Deckung verweigert oder eine solche zur Zeit der Präsentation (oder der Ausstellung?) überhaupt nicht besass.

Die rechtliche Stellung, die das französische Checkgesetz dem Checkberechtigten verleiht, entspricht dem, was auch die deutsche Praxis von einem Checkgesetz verlangt. Nicht so sehr kann das englische Recht als Vorbild dienen[14]).

b) Das englische Recht.

In der englischen Rechtswissenschaft war es vor der Codification bestritten, ob dem Checkberechtigten ein directes Klagerecht gegen den Bezogenen zustehe oder nicht. Die bedeutendsten Rechtsgelehrten sprachen sich dafür aus[15]), während die Judicatur dies negirte[16]). Die vom Master of the Rolls, Sir G. Jessel im Jahre 1874 ausgesprochene Definition des Checks: A check is a bill of exchange payable at a banker's wurde im Jahre 1882 in sect. 73 Part. III Bills of Exchange

[14]) Canstein S. 121. „Jedenfalls ist das gegenwärtige englische Checkrecht mit Rücksicht auf seine Inconsequenz und auf die gänzliche Verkennung des Wesens des Checks, welche in sect. 74 zum Ausdruck kommt, nicht geeignet, anderwärts recipirt zu werden."

[15]) Macleod S. 346; Barclay, Assimilation S. 40; Byles, Bill of Exch. S. 19; Daniel §§ 1635 ff.; Morse, A Treatise on the Law relating to Banks and Banking S. 264, 459 ff.

[16]) Cf. Daniel § 1637.

Act (45 & 46 Sect.) Ch. 61 aufgenommen in der Fassung: A check is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand. Damit wurde das directe Klagerecht des Bezogenen ausgeschlossen und nur das wechselrechtliche Regressrecht dem Checkberechtigten zugestanden.

Dass ein directes Klagerecht nicht ganz zu entbehren sei, erkannte jedoch das Oberhaus bei der Durchberathung der Act an und brachte dies in sect. 74 zum Ausdruck. Hier wird im Falle des Concurses des Bezogenen nach versäumter rechtzeitiger Präsentation des Checks dem Checkberechtigten ein directes Klagerecht gegen den Bezogenen dennoch zugesprochen: „The holder .... shall be a creditor in lieu of such drawer or person of such banker .....“

Das Regressrecht des Checkberechtigten gegen die Indossanten und den Aussteller ergiebt sich aus der Unterordnung des Checks unter das Wechselrecht.

Im französischen wie im englischen Recht ist die Stellung des Checkberechtigten derart fixirt, wie es etwa die deutsche Praxis auch in Deutschland geschehen sehen möchte. In ersterem ist sie klar zum Ausdruck gebracht in dem primären directen Klagerecht gegen den Bezogenen und dem secundären Regressrecht gegen den Aussteller; in letzterem hat sie eine nicht so günstige Fassung gefunden, indem hier das directe Recht gegen den Bezogenen allzu sehr beschnitten ist.

Das Ziel, welchem auch die deutsche Checkgesetzgebung nachzustreben hat, liegt klar vor Augen:

1. Ein unmittelbares Recht des Checkberechtigten gegen den Bezogenen;

2. ein Rückgriffsrecht des Checkberechtigten gegen den Aussteller.

Wie wenig die deutsche Rechtswissenschaft diese Aufgabe erkannt hat, legen die folgenden Ausführungen dar.

Die Stellung des Checkberechtigten in der deutschen Rechtswissenschaft.

Die „herrschende Ansicht“ in der deutschen Rechtswissenschaft klammert sich an die äussere Form des Checks an. Im Texte des Checks heisst es: „Die ..... Bank in Berlin wolle zahlen gegen diesen Check aus meinem Guthaben an Herren ..... & Co. oder Ueberbringer Mk. 10000.—.“ Aus dieser Form wird geschlossen: Der Check ist eine Anweisung. Allerdings; aber auch nur der Form nach und da auch nicht einmal ganz. Denn schon durch Hinzusetzung der Worte „gegen diesen Check“ zu der Anweisungsformel geht hervor, dass der Checkaussteller auch äusserlich bereits andeuten wollte, dass er keine Anweisung im Rechtssinne, sondern, wie er ausdrücklich bemerkt, einen Check ausstellen wollte. Ferner sollte doch der Umstand, dass Checks nicht allein in Anweisungsform, sondern vielmehr — in Berlin vor wenigen Jahren noch regelmässig — auch in der Form einer Quittung abgefasst werden, darauf hindeuten, dass der äusseren Form eine allzu grosse Bedeutung nicht beigelegt werden darf, zumal wenn es sich um die wissenschaftliche Erkenntniss eines Verkehrsinstrumentes handelt.

Dieser ungenügenden Erfassung des Wesens des so wichtigen Zahlungsmittels entsprechen auch die von der „herrschenden Ansicht“ an den Check geknüpften Rechtswirkungen.

„Der Check ist eine Abart der Anweisung“; so oder ähnlich heisst es in unseren Lehrbüchern des bürgerlichen sowie des Handelsrechtes[17]). Aus diesem Satze, mit welchem die das Checkrecht behandelnden Paragraphen zu beginnen pflegen, werden dann die mit den Bedürfnissen der Praxis nicht in Einklang stehenden Consequenzen gezogen. Hinsichtlich der Stellung des Checkberechtigten — welche ich als die Kernfrage des Checkrechtes bezeichnete und hier ausschliesslich

---

[17]) Cosack, Handelsrecht § 58; Dernburg B.R. § 239.

heranziehe — muss Cosack dann sagen: „Der Empfänger hat auf Grund des Checks ein eigenes Recht wider den Angewiesenen nicht, so wenig wie der Remittent auf Grund des Wechsels ein eigenes Recht wider den Bezogenen hat[18].“ Das ist eine Consequenz, welche aus der Subsumirung des Checks unter die Anweisung im Rechtssinn sich ergeben muss. Aber gerade ihr Abweichen von der Rechtswirkung, welche die Checkpersonen mit dem Check verbinden wollen, zeigt doch deutlich, dass die Rechtswissenschaft bei dieser Subsumirung einen Fehler begangen hat. In der That wird ein tieferes Eindringen in das Wesen des Checks und der Anweisung vor Augen führen, dass zwei innerlich gänzlich verschiedene Verkehrsinstrumente vorliegen, deren gegenseitige Unter- bezw. Ueberordnung nicht wohl möglich ist.

Die Anweisung geschieht zahlungshalber, die Checkausstellung aber an Zahlungsstatt. — In diesem Satze concentrirt sich der wesentliche Unterschied zwischen Anweisung und Check.

Was heisst aber Leistung zahlungshalber, was Leistung an Zahlungsstatt?[19].

1. Findet eine Leistung zahlungshalber statt, so ist damit die Leistung noch nicht bewirkt; dem Empfänger ist nur ein Mittel gegeben, sich zu befriedigen. Gelingt ihm dies nicht, so steht ihm der Rückgriff gegen den Geber offen, welcher ihm gegenüber aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältniss noch immer zur Leistung verpflichtet ist.

Leistung an Zahlungsstatt dagegen steht der Zahlung gleich; die Leistung ist durch sie bewirkt. Die Verpflichtung des Gebers dem Nehmer gegenüber ist gelöst. Dem Nehmer ist daher ein Rückgriff auf Grund einer vorhandenen Verpflichtung nicht mehr möglich[20].

---

[18]) Unterschied zwischen Check und Wechsel siehe unten.

[19]) Regelsberger, Endemann's Handb. d. Handelsrechts § 257; Canstein, Check und Wechsel und ihre Deckung § 2.

[20]) Wohl aber auf Grund der Gewährleistungspflicht.

2. Bei beiden Arten der Leistung ist demnach Zeit und Ort der bewirkten Leistung verschieden. Bei Leistung zahlungshalber erhält der Empfänger thatsächliche Leistung im Augenblick und am Orte der Befriedigung aus der Leistung zahlungshalber, während bei der Leistung an Zahlungsstatt der Zeitpunkt und der Ort ihrer Vornahme mit dem Zeitpunkt und dem Orte der thatsächlichen Leistung zusammenfallen.

3. Daher findet bei beiden Arten der Leistung auch der Uebergang der Gefahr zu verschiedenen Zeiten statt.

4. Wegen Mängel der Rechtsübertragung wie solcher des Objects haftet der Geber nur im Falle der Leistung an Zahlungsstatt, nicht bei der zahlungshalber, da ja überhaupt nur bei ersterer eine thatsächliche Leistung vorliegt.

5. Das Recht, welches der Empfänger bei der Leistung an Zahlungsstatt erlangt, ist bei Uebergabe von Sachen das Eigenthum an diesen, bei Uebertragung von Forderungen das eigenthumsähnliche Recht an diesen. Bei der Leistung zahlungshalber geht das Object auf den Empfänger nur zur Befriedigung aus ihm, d. h. zur Sicherstellung seines Rechtes gegen den Geber über; das Recht des Empfängers nennt Canstein „ein dingliches, dem Pfandrecht ähnliches Recht“. Die Leistung an Zahlungsstatt verleiht dem Empfänger also ein selbständiges Recht, während die zahlungshalber ihm ein vom Geber abhängiges Recht verleiht.

6. Hieraus folgt, dass die Leistung an Zahlungsstatt unwiderruflich, die zahlungshalber widerruflich ist[21]).

Diese Hauptunterschiede zwischen der Leistung zahlungshalber und der an Zahlungsstatt bilden zugleich die unterscheidenden Merkmale zwischen dem Wesen der Anweisung und dem des Checks, wenn wir für das Wesen der ersteren den vom Gesetz gebilligten Willen der betheiligten Personen, für das des Letzteren den von einer gesunden Ver-

---

[21]) Abweichend Canstein.

kehrsauffassung gutgeheissenen Willen derselben als entscheidendes Moment betrachten.

1. „Anweisung ist keine Zahlung"; eine Leistung wird durch sie nicht bewirkt. B.G.B. § 783.	1. Der Check[22]) ist ein Zahlungsmittel. Durch ihn wird wie durch baares Geld, Banknoten und Reichskassenscheine eine Leistung bewirkt[23]).
2. Die Leistung wird erst mit der Leistung des Angewiesenen bewirkt. B.G.B. § 788.	2. Die Leistung wird mit der Uebergabe des Checks bewirkt.
3. Dem Anweisungsempfänger steht ein Rückgriff auf Grund seiner noch bestehenden Forderung offen.	4. Dem Checkempfänger steht ein Rückgriff auf Grund der Gewährleistungspflicht des Gebers offen.
5. Der Anweisungsempfänger besitzt ein der Einwirkung des Ausstellers unterstehendes Recht.	5. Der Checkempfänger besitzt ein selbständiges unmittelbares Recht gegen den Bezogenen.
6. Die Anweisung ist widerruflich. B.G.B. § 790.	6. Der Check ist unwiderruflich.

Diese kurze Gegenüberstellung[24]) der wesentlichen Unterschiede zwischen Anweisung und Check dürfte klar vor Augen geführt haben, dass wir es hier mit zwei gänzlich verschieden zu behandelnden Rechtsinstituten zu thun haben und daher die „herrschende Ansicht" Unrecht thut, wenn sie den Check der Anweisung subsumirt.

Die „herrschende Ansicht" entnimmt aus der äusseren Form des Checks, dass er eine Anweisung sei und wendet dann die für diese geltenden Rechtssätze auf jenen an; hierdurch gelangt sie zu Resultaten, die gänzlich von dem abweichen, was die Praxis wünscht oder was auch die französische und englische Gesetzgebung als des Rechtsschutzes würdig anerkannt haben. Die ganze Methode dieses Vorgehens er-

---

[22]) Eine ausführliche Begründung dieser Thesen folgt unten.

[23]) R. Koch, Ueber Giroverkehr u. s. w.: „der Check ist wirklich Zahlung." Grant: „By the usage of trade cheques have been in some cases considered as money."

[24]) Ausführlicher bei Canstein.

scheint uncorrect. Liegt ein juristisch zu beurtheilendes Verkehrsinstrument vor, so kann man dies nicht nach äusserlichen Merkmalen in das Rechtssystem einreihen und es in die Fesseln des Rechtes derart einzwängen wollen, dass es eine juristische Form erhält, welche von der ihm von der Praxis gegebenen vollkommen abweicht. Vielmehr muss der Ausgangspunkt bei der juristischen Beurtheilung des Verkehrsinstrumentes die Erkenntniss seines innersten Wesens, seiner Bedeutung in der Praxis, des Zweckes, den es von seinen Erzeugern zu erfüllen bestimmt ist, sein. Aus dieser Erkenntniss ergiebt sich die Stelle, welche ihm in unserem Rechtssystem anzuweisen ist; auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze wie auf Grund von Analogieen mit ähnlichen Rechtsinstituten ergeben sich dann die an es zu knüpfenden Rechtswirkungen, welche mit dem Willen seiner Erzeuger sowie einer gesunden Verkehrsauffassung vollkommen in Einklang stehen.

Kuhlenbeck.

Zu den gleichen Resultaten wie die „herrschende Ansicht“ gelangt Kuhlenbeck in seiner viel citirten Schrift über den Check[25]). Er geht in seiner Betrachtung von dem Checkvertrag aus, der nach seiner Ansicht ein den Bezogenen verpflichtendes generelles Mandat enthält, auf Grund dessen dann zwar der Checkaussteller eine actio mandati gegen den Bezogenen auf Erfüllung seiner Pflichten hat, der Checkberechtigte aber kein unmittelbares Recht gegen den Bezogenen erhält.

Check und Wechsel.

Häufig findet man in der deutschen Literatur bei Behandlung des Checks einen Hinweis auf den Sichtwechsel[26]). Es wird da nach den strengen Bestimmungen des wechselrechtlichen Regresses hinübergeschielt, da man sich dessen be-

[25]) Kuhlenbeck, Der Check, Leipzig 1891.

[26]) Zum Beispiel Cosack.

wusst ist, dass die jetzige ungeschützte Lage des Checkberechtigten nicht den Verkehrsbedürfnissen entspricht und sie doch wohl der des Wechselgläubigers ähnlich gestaltet werden müsste. Dieses freilich nur dunkle Empfinden ist ein ganz berechtigtes. Der Verkehr verlangt ein ius strictum. Ist der Wechsel, das wichtigste Kreditinstrument, eines solchen bedürftig, wie nicht vielmehr der Check, eines der wichtigsten Zahlungsmittel? Man ist doch sonst der Ansicht, dass eine gute Regelung des Zahlungsverkehrs eine der ersten Bedingungen für einen lebhaften Handel und Kreditverkehr ist; daher die Bedeutung, die dem Währungssystem eines Landes beigelegt wird.

Der Vergleich des Checks mit dem Wechsel basirt auf demselben Fehler wie seine Subsumirung unter die Anweisung. Denn der Wechsel ist, so lange er nicht acceptirt ist, eine Anweisung. Nach dem Accept hat der berechtigte Inhaber zwar gegen den Acceptanten ein unmittelbares Recht; ein ähnliches Recht für den Checkberechtigten zu construiren, ist aber unmöglich, da es auf dem Accept beruht, und ein Accept beim Check nicht üblich ist.

Canstein: Check-Cession.

Auf einem von der „herrschenden Ansicht“ gänzlich verschiedenen Standpunkte steht Canstein[27] [28]. Er geht davon aus, dass der Check „ein eigentliches Zahlungsmittel ist, welches — ähnlich wie die Banknote — allgemein und regelmässig an Zahlungsstatt gegeben und genommen wird“. Auf Grund dieser richtigen, der Praxis entnommenen Erkenntniss kommt er zu dem Schluss, dass der Check eine Cession darstelle. „Beim Check erwirbt der Checkeigenthümer — wie

[27]) Ihm folgend J. Kohler in seinem Konkursrecht und Archiv f. bürgerl. Recht XIII S. 232.

[28]) Canstein lehnt sich stark an das französische Recht an; siehe oben S. 286 f.

bei der Cession — die Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen sofort, ohne Acceptation des Bezogenen, und deshalb ohne Gefahr der Contreordre, als seine Forderung, die er im eigenen Namen geltend machen kann.“ „Beim Check wird der Papiereigenthümer gleichsam Eigenthümer ..... der Forderung (des Guthabens) des Ausstellers gegen den Bezogenen. Beim Check erhält er die Geldsumme, die der Checkaussteller von dem Bezogenen unbedingt zu fordern haben muss, vollständig in sein (künftiges) Eigenthum.“ — Alles Sätze, welche aus der Construction des Checks als Cession folgen und entschieden das zum Ausdruck bringen, was der Zahlungsverkehr in rechtlicher Beziehung vom Check fordern muss. In der Sprache des B.G.B. würde hiernach durch den Check „der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers“ treten (§ 398).

Neben dem unmittelbaren Recht gegen den Bezogenen erwirbt der Checkberechtigte durch die Cession der Forderung noch ein zweites Recht: das Recht auf Gewährleistung gegen den Aussteller[29]). Im Interesse eines gesicherten Verkehrs hält Canstein es ferner für erforderlich, dass wie dem Wechselgläubiger, so auch dem Checkberechtigten als besonderes Privilegium[30]) ein auf die Scriptur sich gründendes Regressrecht gegen den Aussteller und die Indossanten ertheilt werde, welches als Ausfluss des für den Verkehr nothwendigen ius strictum neben dem Gewährleistungsrecht steht und dessen Geltendmachung an eine besondere Diligenzpflicht (Präsentationsfrist[31]) gebunden ist.

Aus der Canstein'schen Construction des Checks als einer Cession ergeben sich demnach Rechtswirkungen für den Check von ungemein praktischer Bedeutung. Im Gegensatz zu der „herrschenden Ansicht“ sind hier an den Check Rechtswirkungen geknüpft, welche ein dringendes Bedürfniss des prak-

---

[29]) Canstein S. 150.

[30]) Derselbe S. 127.

[31]) Siehe unten S. 312 f.

tischen Lebens sind und den von der französischen und englischen Gesetzgebung fixirten entsprechen:

1. Das unmittelbare Recht des Checkberechtigten gegen den Bezogenen;

2. das Rückgriffsrecht gegen den Aussteller. Dies muss bei nur oberflächlicher Betrachtung sehr bestechen; und es ist eigentlich wunderbar, dass die Canstein'sche Ansicht die doch so hinfällige „herrschende" nicht längst verdrängt hat.

Es ist das Verdienst der Canstein'schen Arbeit, nachgewiesen zu haben, dass der Check keine Anweisung ist, dass aus ihm Rechtswirkungen hervorgehen müssen, die denen der Cession gleich sind. In seinem Nachweis, dass der Check eine Cession sei, aber irrt Canstein. Er irrt deswegen, weil einer der Grundpfeiler, auf welchem sich sein ganzes System aufbaut, in der Praxis vorhanden sein *kann*, aber nach dem Wesen des Checks nicht vorhanden sein *muss*.

Er sagt[32]):

„Nothwendig ist, dass dem Aussteller gegen den zur Zahlung Aufgeforderten (Bezogenen) oder gegen denjenigen, dem die Quittung ausgestellt ist (Quittungscheck) eine Forderung (ein Guthaben) *zur Zeit der Ausstellung* des Papieres zustehe . . . . ."

Und weiter[33]):

„Hat der Aussteller gegen den Bezogenen *zur Zeit der Checkausstellung* kein Guthaben . . ., so erscheint die Checkausstellung . . . als ein Betrug . . ."[34])

Dieser Grundsatz, dessen Richtigkeit allein die Sub-

---

[32]) *Canstein* S. 112.

[33]) *Canstein* S. 186.

[34]) Von demselben Irrthum ist J. *Kohler* im Archiv f. bürgerl. Recht XIII S. 232 befangen: die Zahlung mittels Checks ist „eine Zahlung durch Cession des auf der Bank befindlichen Betrages, oder, juristisch gesagt, der gegen die Bank bestehenden actio depositi." [Warum nicht auch Cession einer künftigen Forderung? Warum nicht Cession mit gewissen Besonderheiten? *Kohler*.]

sumirung des Checks unter die Cession rechtfertigt — denn ohne Forderung keine Cession — wird aber keineswegs in der Praxis gewahrt, entspringt auch nicht dem Wesen des Checks. Im Checkvertrage verpflichtet sich der Bankier, die Checks des Ausstellers zu honoriren, wenn dieser zur Zeit der Präsentation ein genügendes Guthaben bei ihm besitzt. Im Check selbst schreibt der Aussteller: „Zahlen Sie gegen diesen Check aus meinem Guthaben . . .“ Auch aus diesen Worten „gegen diesen Check“ geht doch hervor, dass mit „aus meinem Guthaben“ nur ein zur Zeit der Präsentation des Checks vorhandenes Guthaben gemeint ist. Ferner ist nicht einzusehen, warum Betrug vorliegen soll, wenn Jemand Checks im Betrage von 100 000 Mark ausstellt, obwohl er zur Zeit der Ausstellung bei dem Bezogenen nur ein Guthaben von 50 000 Mark besitzt, wenn er nur dafür sorgt, dass im Augenblick der Präsentation der auf insgesammt 100 000 Mark lautenden Checks ein genügendes Guthaben vorhanden ist[35]).

In der Regel wird zwar der Aussteller schon im Augenblick der Ausstellung des Checks ein hinreichendes Guthaben besitzen; aber dies folgt nicht aus dem Wesen des Checks, ist auch in der Praxis nicht immer der Fall[36]), ohne dass der Aussteller dabei betrügerische Absichten hat. Es weiss ja jeder, wann die von ihm ausgestellten Checks frühestens präsentirt werden können; wenn er bis dahin für eine genügende Deckung gesorgt hat, hat er seine Pflicht vollkommen erfüllt.

Treten also Theorie und Praxis dagegen auf, dass im Augenblicke der Ausstellung des Checks der Aussteller eine Forderung gegen den Bezogenen haben muss, so fällt die sich auf diese Nothwendigkeit aufbauende Construction des Checks als einer Cession, wenn eine solche in ihren Rechtswirkungen

---

[35]) Siehe auch Hoppenstedt's Beispiel.

[36]) Nach Aussage Hoppenstedt's, Director des Berliner Kassenvereins, des grössten dem localen Zahlungsverkehr dienenden Instituts in Deutschland.

auch noch so sehr der Praxis entsprechen mag, in sich zusammen — denn wo eine Forderung nicht nothwendig vorhanden sein muss, kann auch nicht generell von einer Cession gesprochen werden.

Wird es aber einerseits anerkannt, dass der Bezogene zur Honorirung eines Checks verpflichtet ist, wenn ein hinreichendes Guthaben zur Zeit seiner Ausstellung noch nicht bestand — aber später beschafft wird —, so wird es andererseits fraglich, ob seine Verpflichtung zur Honorirung eines zur Zeit der Ausstellung bereits gedeckten Checks überhaupt auf dem Vorhandensein des Guthabens beruht (wie Canstein meint) und nicht vielmehr auf einem ganz anderen Verpflichtungsgrunde. Diese Frage wird später zu Ungunsten Cansteins entschieden.

Eigene Construction des Checks.

Die bisherigen Resultate der deutschen Rechtswissenschaft hinsichtlich der Fixirung der rechtlichen Stellung des Checkberechtigten können nicht befriedigen. Wird der Check als Anweisung aufgefasst, so ergeben sich daraus Rechtswirkungen, welche das Gegentheil von dem bedeuten, was wir als Ziel bezeichneten: der Checkberechtigte hat kein unmittelbares Recht gegen den Bezogenen. Die gewünschten Rechtswirkungen ergeben sich zwar, wenn der Check als Cession aufgefasst wird; aber eine solche Auffassung des Checks ruht auf einer falschen Basis.

Auf der einen Seite ist das Ziel verkannt, auf der anderen liegt eine nicht genügende Kenntniss der thatsächlichen Verhältnisse vor. In dieser zwiefachen Hinsicht Klarheit zu verschaffen, war als Aufgabe dieses Theiles der Arbeit bezeichnet. Das Ziel ist bereits in früheren Abschnitten an der Hand der französischen und englischen Checkgesetzgebung aufgestellt worden. Es handelt sich hier darum, in grossen Zügen die thatsächlichen Verhältnisse zu beleuchten und den Weg zu weisen, der zu dem gesetzten Ziele führt.

Zu diesem Zwecke ist es erforderlich, ein klares Bild davon zu gewinnen, was eigentlich die Aufgabe des Checks in der Gesammtorganisation unserer Volkswirthschaft ist und was die einzelnen ihn erzeugenden Personen mit ihm zu erreichen wünschen. Wir haben also einerseits gewissermassen aus der Vogelperspective auf das Getriebe unserer Volkswirthschaft hinabzublicken und die Stellung des Checks in diesem Getriebe zu erfassen, andererseits uns in das Getriebe selbst hineinzubegeben und die auf die Erzeugung des Checks gerichteten Willensäusserungen der einzelnen Personen zu betrachten. Aus den Letzteren werden wir die Rechtswirkungen, die sich an sie zu knüpfen haben, entnehmen können. Die Uebereinstimmung der so gewonnenen Resultate, speciell für die rechtliche Stellung des Checkberechtigten, mit dem vorgezeichneten Ziel wird darlegen, dass wir in der juristischen Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse nicht fehlgegangen sind.

Die Aufgabe des Checks in der Gesammtorganisation unserer Volkswirthschaft.

In der Technik des Zahlungsverkehrs ist in den modernen Volkswirthschaften im letzten Jahrhundert eine grosse Veränderung eingetreten. Es hat sich die Erkenntniss Bahn gebrochen, dass in den metallenen Zahlungsmitteln, dem Golde und Silber, ein nicht unerheblicher Bestandtheil des Nationalvermögens unproductiv festgelegt ist. Den hiermit verbundenen Zinsverlust hat jeder einzelne zu fühlen, welcher zur Erledigung seiner Zahlungen stets eines grossen Cassenbestandes bedarf. Ausser diesem bringt das Halten einer Metallcassa und die Metallzahlung noch manche andere Nachtheile mit sich: die Gefahr des Diebstahls und der Unterschlagung, die Mühe des Zählens und Prüfens der Münzen, die Kosten des Transportes bei grossen und vor Allem bei interlocalen Zahlungen u. s. w. Alle diese Nachtheile drängen auf eine mög-

lichst geringe Benutzung von Metallgeld und auf seine möglichste Ersetzung durch andere Zahlungsmittel hin.

Zur Vermeidung der Nachtheile des eigenen Haltens einer Metallcassa und der Metallzahlung ist es nothwendig, die Metallcassa einer zu ihrer Führung geeigneten Person, einer Bank oder einem Bankier zu übertragen, also eine örtliche Verschiebung mit ihr vorzunehmen. Der Bankier kann einen Theil des Cassenbestandes eventuell zinsbar anlegen, jedenfalls den Bestand gegen alle Gefahren schützen.

Durch die örtliche Verschiebung ist eine Kluft zwischen dem Eigenthümer und seiner Cassa entstanden; soll er hinfort noch Zahlungen vornehmen können, so ist eine Ueberbrückung der Kluft erforderlich. Hierzu dienen verschiedene Instrumente:

Ist der Zahlungsverkehr mittels Geldsurrogate in den ersten Stadien der Entwickelung, so dient als solches Instrument die Banknote. Für eine bestimmte runde Summe, die der Privatmann der Bank einliefert, erhält er einen Schein, auf dem sich die Bank zu jederzeitiger Metallauszahlung der Summe verpflichtet. Der Privatmann erledigt seine Zahlungen durch Uebergabe der Banknote.

Auf einer höheren Entwickelungsstufe steht der Privatmann ständig in Verbindung mit der Bank; er ist ihr „Kunde“. Sie giebt ihm als Zahlungsmittel Scheine mit von ihr nicht bezeichneten Summen. Sie besitzt Vertrauen zu ihm und überlässt die Ausfüllung der Summen ihm. Dies Zahlungsinstrument einer höheren Entwickelungsstufe, welches zur Ueberbrückung der Kluft zwischen dem Kunden und seiner bei der Bank ruhenden Metallcassa dient, ist der Check.

In der Gesammtorganisation unserer Volkswirthschaft stellt sich die Aufgabe des Checks also als eine der Banknote gleiche dar: Er soll ein Widerspiel sein für die aus volks- wie privatwirthschaftlichen Gründen wünschenswerthe örtliche Verschiebung der Cassa in das Gebäude der Bank, indem er dem Aussteller als Zah-

lungsmittel dient, welches jederzeit im Bankgebäude in Metallgeld umwandelbar ist[37]).

Zwei Vorgänge sind erforderlich, um den bezeichneten Effect hervorzubringen:

1. Die örtliche Verschiebung der Metallcassa;
2. die Gewährung des Rechtes, Checks zu ziehen.

Beide Vorgänge bedürfen einer Willenseinigung zwischen dem Kunden und der Bank.

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Checkaussteller und der Bank.

a) Das Guthaben.

Die örtliche Verschiebung der Metallcassa kann sich so vollziehen, dass der Kunde sein Geld zur Bank hinträgt und es bei ihr deponirt. Das ist der einfachste Fall, ein „Guthaben" zu erwerben, aber auch der seltenste. Häufiger vollzieht es sich folgendermassen — die Ergänzung des Guthabens geschieht regelmässig so —: der Bank werden Wechsel zum Disconto, Effecten zum Lombard oder Verkauf gebracht, für die das Geld nicht ausgezahlt, sondern dem Kunden gutgeschrieben wird. Auch kann er dadurch ein Guthaben erwerben, dass ihm die Bank einen Blancocredit gewährt, den er nicht sofort abhebt, sondern sich vorläufig gutschreiben lässt. Auf die mannigfachste Weise kann also ein Guthaben bei der Bank erworben werden. Das Guthaben stellt eine jederzeit, in jedem Theilbetrag geltend machbare Forderung dar. Die Bank ist verpflichtet, baare Auszahlung zu machen. Der Kunde besitzt also im Bankgebäude auf Grund dieses Rechtsverhält-

---

[37]) R. Koch, Ueber Giroverkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel: „Die hohe wirthschaftliche Bedeutung des Checks besteht darin, dass er dem Publikum das eigene Kassahalten wie die Ausführung der Zahlungsgeschäfte und damit dem Lande einen beträchtlichen Theil der sonst unentbehrlichen Umlaufsmittel erspart, mittelbar aber die Umsätze vervielfältigt und die Productivität der Kapitalien befördert".

nisses eine Cassa. Um trotz der örtlichen Verschiebung der Metallcassa über diese wie durch Baarzahlung verfügen zu können, bedarf es des Abschlusses eines besonderen (Neben-) Vertrages: des Checkvertrages, da das blosse Vorhandensein des Guthabens diese Möglichkeit noch nicht gewährt.

b) Der Checkvertrag und das Recht der Checkberechtigten gegen Bezogenen.

Der Checkvertrag zielt darauf hin, ein Instrument zu schaffen, welches es dem Kunden ermöglicht, trotz der Entfernung von seiner Metallcassa Zahlungen zu machen: den Check. In den Checkverträgen der Reichsbank mit ihren Kunden heisst es: „Ueber sein Guthaben kann der Contoinhaber in beliebigen Theilbeträgen jederzeit verfügen, aber ... nur durch Checks auf Formularen, welche ihm die Bank geliefert hat. — Baare Abhebungen erfolgen durch weisse Checks, welche auf eine bestimmte Person oder Firma mit dem Zusatze ‚oder Ueberbringer‘ lauten.“ In diesen Worten kommt zum Ausdruck, dass die Bank sich verpflichtet, gegen die von ihr vorgeschriebenen, vom Kunden ausgefüllten Checkformulare Metallzahlungen bis zur Höhe des Guthabens zu gewähren. Die Checks, welche das entsprechende Recht auf Metallauszahlung enthalten, kann der Kunde nach Ausfüllung der Summe (und Erfüllung sonstiger Formalien) seinen Gläubigern als Zahlung geben, wodurch sie in dieselbe Lage versetzt werden wie die Inhaber von Banknoten.

Im Checkvertrage stehen Leistung und Gegenleistung einander gegenüber. Die Bank verpflichtet sich, die Cassageschäfte für ihren Kunden vorzunehmen und an die Präsentanten von ordnungsmässig ausgefüllten Checks die benannten Summen auszuzahlen, insofern der Aussteller ein hinreichendes Guthaben bei ihr besitzt. Der Checkaussteller hingegen leistet der Bank einen Entgelt für seine Bemühungen, indem er ganz oder theilweise auf die Verzinsung seines jeweiligen Guthabens

verzichtet und sich eventuell zur ausschliesslichen Inanspruchnahme der Dienste dieser Bank verpflichtet.

Dieser Vertrag ist weit davon entfernt, ein generelles Zahlungsmandat zu enthalten, wie Kuhlenbeck meint[38]). Von einer Ermächtigung der Bank oder einem Auftrage der Bank, Metallzahlungen gegen Präsentation des Checks vorzunehmen, ist in den Checkverträgen nirgends die Rede. „Die Bank zahlt . . .“ heisst es in den Checkverträgen der Reichsbank, und das bedeutet, sie verpflichtet sich, die Kasse des Contrahenten zu verwalten gegen eine näher bestimmte Gegenleistung.

Die Bank ist aus dem Checkvertrage dem Präsentanten des Checks zur Metallzahlung verpflichtet. Suchen wir diesen so einfachen Inhalt einem abstracten Rechtssatze zu subsumiren, so liegt es doch wohl am nächsten, an den § 328 des B.G.B. zu denken: „Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern“. Dieses „unmittelbare Recht“ des neuen Gläubigers ist zwar im Zweifel nicht anzunehmen nach § 329, und die Fälle, in denen das doch geschehen soll, sind in den folgenden Paragraphen aufgezählt. Dass jedoch das unmittelbare Recht auf Metallzahlung dem Präsentanten des Checks erwachsen soll, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man das Ziel, welches die Vertragschliessenden beim Abschluss des Checkvertrages im Auge haben, sowie die Aufgabe des Checks in der Gesammtorganisation unserer Volkswirthschaft kennt. Immerhin erscheint eine ausdrückliche Anerkennung dieses unmittelbaren Rechtes, genau so wie es beim Lebensversicherungsvertrag geschehen ist, wünschenswerth, um es eben über jeglichen Zweifel zu erheben.

Wenn Kuhlenbeck[39]) sich, ausgehend von dem römischrechtlichen Satze alteri stipulari nemo potest dieser Auffassung

---

[38]) Kuhlenbeck S. 98.
[39]) Kuhlenbeck S. 122.

des Checkvertrages verschliessen zu müssen glaubt, so giebt er doch zu, dass dieser Grundsatz von dem modernen Recht in gewissen Fällen durchbrochen ist, ohne dass er freilich hierbei ein gewisses klares Princip erblicken kann. Hellwig und Dernburg stellen dies Princip jedoch auf, wie es klarer nicht gedacht werden kann: „Ein selbständiges Klagerecht hat der Dritte namentlich dann, wenn die Leistung an ihn bloss in seinem Interesse festgestellt ist“[40]). Das ist bei der Lebensversicherung der Fall: durch Vertrag zwischen dem sich Versichernden und der Versicherungsgesellschaft wird im Interesse bestimmter Personen diesen ein „unmittelbares Recht“ eingeräumt, welches lediglich in ihrem Interesse liegt und in einem besonderen Instrument, der Police, verkörpert wird. — Liegt die Sache beim Checkvertrag nicht sehr ähnlich? Checkaussteller und Bank schliessen einen Vertrag, durch den die Bank sich zur Metallzahlung verpflichtet; ein Interesse an dieser Leistung hat lediglich der Checkinhaber, der den Check von dem Aussteller als Zahlung empfangen hat. Sein Recht verkörpert sich in dem Check, in dem die Höhe der Leistung freilich nicht wie bei der Police von dem Verpflichteten anerkannt ist, vielmehr von der Bank als sie verpflichtend erst anerkannt wird, nachdem sie geprüft hat, ob die Bedingung ihrer Verpflichtung, das Vorhandensein eines ausreichenden Guthabens des Ausstellers, erfüllt ist.

Dass im Checkvertrage das Entstehen des Rechtes des Dritten an die Erfüllung einer Bedingung gebunden ist, kann nicht weiter befremden; sieht doch Abs. 2 § 328 BGB. einen solchen Fall ausdrücklich vor.

Der Checkvertrag ist rechtlich ein Vertrag, durch welchen die Bank zur Metallzahlung der Checksumme dem Checkberechtigten unmittelbar verpflichtet ist, und zwar unter der Bedingung, dass der Aussteller zur Zeit der Präsentation ein hinreichen-

---

40) Bürgerl. Recht II, 1 S. 234.

des Guthaben bei ihr besitzt. Auf den Checkvertrag gründet sich das unmittelbare Recht des Checkberechtigten gegen den Bezogenen[41]).

Ein unmittelbares Recht des Checkberechtigten erkennt auch Canstein[42]) an, wie wir sahen; doch gelangte er hierzu auf einer anderen Grundlage. Der Bezogene ist nach seiner Ansicht zur Honorirung des Checks des Ausstellers auf Grund des Guthabens verpflichtet. Das ist aber nicht richtig. Nicht schon das Vorhandensein eines Guthabens verpflichtet den Bezogenen zur Honorirung von Checks[43]), sondern es muss noch ein Checkvertrag hinzukommen. Das Guthaben bedeutet nur die örtliche Verschiebung der Metallkassa: auf eine Verfügbarkeit über diese, d. h. auf die Berechtigung, Checks zu ziehen, ist der Checkvertrag gerichtet, aus dem sich die Verpflichtung des Bezogenen ergiebt.

Dies muss vor allen Dingen streng geschieden werden: die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen beruht auf dem Deponirungs- oder Creditirungsvertrag, das im Check verkörperte Recht des Checkberechtigten gegen den Bezogenen auf dem Checkvertrage. Durch die Ausstellung des Checks tritt der Checkberechtigte keineswegs als neuer Gläubiger in das als Guthaben bezeichnete Schuldverhältniss zwischen Aussteller und Bezogenem ein; ob ein solches Schuldverhältniss zur Zeit der Ausstellung überhaupt in der Höhe der Checksumme besteht, ist für das Zustandekommen des Rechtes des Checkberechtigten nicht von der geringsten Bedeutung. Denn die Befugniss des Checkausstellers, den Bezogenen dem Checkberechtigten zu verpflichten, basirt lediglich auf dem Checkvertrage; ihre Ausübung ändert an dem Bestande des Gut-

---

[41]) R. Koch, Ueber Giroverkehr u. s. w.: „Nicht sowohl aus dem Check als aus dem Kontraktsverhältnisse zwischen Bankier und Kunden ist die gestrenge Verpflichtung zur Einlösung der durch genügendes Guthaben des Kunden gedeckten Checks abzuleiten.“

[42]) Siehe oben S. 295 f.

[43]) Siehe auch Abs. 2 § 787 B.G.B.

habens vor der Hand nichts. Der Checkaussteller kann über sein Guthaben nach wie vor frei verfügen; er kann Checks in Beträgen ausstellen, die sein gegenwärtiges Guthaben bei weitem überschreiten, ohne dass aus diesen Handlungen schon der Thatbestand des Betruges zu entnehmen ist.

Deponirungs- bezw. Creditirungsvertrag und Guthaben auf der einen Seite, Checkvertrag und Recht des Checkberechtigten auf der anderen sind zwei zur Zeit der Checkausstellung reinlich zu scheidende Dinge. In Zusammenhang treten sie erst später. Der Bezogene hat sich im Checkvertrage dem Aussteller gegenüber nur zur Honorirung von Checks verpflichtet, insofern er Deckung besitzt. „Verfügt der Contoinhaber über mehr, als sein Guthaben beträgt, so lehnt die Bank . . . die Zahlung ab . . .“ (Checkvertrag der Reichsbank). Mit anderen Worten: die Verpflichtung der Bank zur Honorirung der Checks ist vertragsmässig bedingt, und zwar bedingt durch das Vorhandensein eines genügenden Guthabens zur Zeit der Präsentation. Es tritt also hier ein mittelbarer Zusammenhang zwischen Guthaben und Recht des Checkberechtigten hervor. Das letztere kann nur geltend gemacht werden, wenn die Bedingung des Checkvertrages, das Vorhandensein eines genügenden Guthabens, erfüllt ist.

Durch die Checkausstellung begründet der Aussteller das Recht des Checkberechtigten gegen den Bezogenen; es entsteht ein bedingtes Recht. Durch das Vorhandensein bezw. die Errichtung eines Guthabens in der Höhe der Checksumme wird die Möglichkeit seiner Geltendmachung gegeben. Durch die Präsentation des Checks bei vorhandenem hinreichenden Guthaben tritt das Recht des Checkberechtigten in sein letztes Stadium, das der Erfüllung: der Bezogene ist dem Checkberechtigten zur Metallzahlung verpflichtet[44]).

---

[44]) Aehnliche Stadien siehe beim Vorkaufsrecht, Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 88.

Der Checkbegebungsvertrag und das Rückgriffsrecht des Checkberechtigten gegen den Aussteller.

Die Erfüllung der Bedingung, von der die Honorirung des Checks abhängt, liegt in der Hand des Checkausstellers. Er hat sich zu ihrer Erfüllung verpflichtet. Indem er dem Checkberechtigten den Check an Zahlungsstatt hingiebt, übernimmt er die Gewährleistungspflicht des § 365 B.G.B.; d. h. er ist zur Gewährleistung dafür verpflichtet, dass der Empfänger das erhält, was er vertragsmässig erhalten soll. Das ist in unserem Fall das unbedingte Recht auf Metallauszahlung gegen den Bezogenen. Der Aussteller ist also aus dem Checkbegebungsvertrage dem Checkberechtigten gegenüber verpflichtet, die zur Entstehung der Verpflichtung des Bezogenen dem Checkberechtigten gegenüber dem Checkvertrage gemäss erforderliche Bedingung zu setzen.

Das Resultat.

Die Stellung des Checkberechtigten ist also diese: Er hat

1. aus dem Checkvertrage ein gegen den Bezogenen gerichtetes unmittelbares, durch das Vorhandensein eines hinreichenden Guthabens bedingtes Recht[45]). Er hat

2. auf Grund der Gewährleistungspflicht aus dem Checkbegebungsvertrage ein Rückgriffsrecht gegen

---

[45]) [Auf diese Weise kommt der Verfasser zu ähnlichen Ergebnissen, wie die oben erwähnte Cessionstheorie, der ich anhänge. Ein Unterschied würde etwa hervortreten, wenn wir uns den Fall denken, dass das Guthaben des Ausstellers bei der Bank durch Bürgen oder Pfänder gedeckt wäre. Nach der Cessionstheorie kommen diese Sicherungsmittel dem Checkberechtigten zu gute, nach der anderen Theorie nicht; vgl. oben S. 208. Ich halte aber das erstere Ergebniss für das zutreffendere und damit auch die zu solchem Ergebniss gelangende Cessionstheorie. Kohler.]

den Aussteller. Sache der Rechtspolitik ist es, im Interesse des Verkehrs ihm

3. ein an eine besondere Diligenzpflicht (Präsentationsfrist) gebundenes, dem wechselrechtlichen Regressrecht gleichstehendes, schnell realisirbares Rückgriffsrecht[46]) gegen den Aussteller zu gewähren.

* * *

Das so gewonnene Resultat stimmt mit dem, was wir als von der französischen und englischen Gesetzgebung vorgezeichnetes und von der deutschen Praxis erwünschtes Ziel hinstellten, vollkommen überein. Diese Betrachtung zeigt, dass eine unbefangene Beurtheilung der den Check erzeugenden Verträge im Gegensatz zu der „herrschenden Ansicht" zu einem Ergebniss führt, welches nicht den Bedürfnissen des praktischen Lebens zuwiderläuft, sondern ihnen vollauf Genüge thut.

* * *

Zu § 1.

Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung hat das Beispiel dafür gegeben, für eine besonderen Rechtssätzen unterstehende Urkunde eine diesbezügliche Bezeichnung in der Urkunde selbst zu verlangen. Es ist damit dem freien Ermessen der die Urkunde erzeugenden Personen anheimgegeben, ob sie diese den strengrechtlichen Bestimmungen des Specialgesetzes unterstellen wollen. Für das Checkrecht hat zuerst die Schweizer Gesetzgebung die „Checkclausel" verlangt. Ihr ist die skandinavische Gesetzgebung gefolgt. Dass die Checkclausel auch von einem künftigen deutschen Checkgesetz

[46]) R. Koch, Ueber Giroverkehr u. s. w.: „Gerade der Punkt des Regresses ist es, welcher für den Gebrauch des Checks als Zahlungsmittel gewissermassen eine Lebensfrage bildet."

wird obligatorisch gemacht werden müssen, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, da dies von allen denen, die sich überhaupt über das Problem einer Codification des Checkrechtes in Deutschland geäussert haben, anerkannt wird[47]).

Dem Checkgesetz untersteht nicht der in Berlin übliche Effectencheck, welcher überhaupt nicht dem Zahlungsverkehr dient, sondern eine Erleichterung in der Effectenlieferung bietet; ferner nicht der sogen. „rothe Check“ der Reichsbank, der ebenfalls kein Zahlungsmittel ist, vielmehr ein vom Aussteller an die Reichsbank unmittelbar gerichteter Auftrag, eine bestimmte Geldsumme von seinem Guthaben auf das eines anderen zu übertragen. Die Zahlung vollzieht sich hier durch den Buchübertrag, den zu veranlassen der rothe Check bestimmt ist.

Inhaltlich ist von dem Check nur zu verlangen, dass er zum Ausdruck bringe, dass der Aussteller ein auf dem Checkvertrag basirendes Recht dem Checkberechtigten ertheilt. Ausser der Checkclausel noch weitere „Erfordernisse“ aufzustellen, wie es beim Wechsel geschehen ist, erscheint nicht nothwendig, da sich ein von den Grossbanken vereinbartes einheitliches Formular eingebürgert hat.

Den Quittungscheck als forme menteuse von den Wohlthaten eines Checkgesetzes ausdrücklich auszuschliessen, würde unzweckmässig sein, da auch er, soweit er überhaupt noch vorkommt, Anspruch auf Rechtsschutz hat. In dem Reichsbankpräsidenten Dr. R. Koch fand er seinerzeit einen eifrigen Vertheidiger[48]).

Alles was die Person des Ausstellers betrifft (Fähigkeit Checks auszustellen, Vertretung, Ausfertigung der Unterschrift u. s. w.), bestimmt sich nach den allgemeinen Rechtssätzen.

---

[47]) Canstein S. 186; R. Koch, Ueber Bedürfniss u. s. w.; Cohn, Gutachten S. 482.

[48]) R. Koch, Ueber Bedürfniss u. s. w.

Hinsichtlich der Person des Bezogenen verlangt § 24 des Wechselstempelsteuergesetzes für den stempelfreien Check die Bankiereigenschaft, ohne dass diese aus dem Check selbst ersichtlich zu sein braucht[49]).

Als Checkberechtigter kann eine bestimmte Person genannt sein und dieser eine Order- oder alternative Inhaberclausel hinzugefügt werden (das letztere ist üblich). Je nach der Wahl, die der Aussteller diesbezüglich — eventuell auf Grund des Checkvertrages — getroffen hat, bestimmt sich die Form der Uebertragbarkeit des Checks (§ 2). Eine Beschränkung in dem Personenkreis der Checkberechtigungsbefähigten tritt durch die Verrechnungsclausel (§ 5) ein.

Die Checksumme wird üblicher Weise zweimal auf dem Check angegeben, einmal in Ziffern und einmal in Buchstaben. Differenzen erledigen sich nach der W.-O.

Die Clausel „aus $\frac{\text{meinem}}{\text{unserem}}$ Guthaben" ist nach § 24 des Wechselstempelsteuergesetzes zu verlangen[50]).

Die Angabe der Ausstellungszeit ist nicht, wie das französische Gesetz (nov. art. 5) es thut, mit Strafen zu erzwingen. Vielmehr empfiehlt es sich, hier dem holländischen Recht zu folgen, welches die Einrede des Ablaufs der Regress- und Verjährungsfristen von der Datirung des Checks abhängig macht. Dem Aussteller, der seine Checks nicht datirt hat, ist nicht gestattet, den Ablauf obiger Fristen auf anderem Wege als aus dem Check selbst zu beweisen.

Die Sichtstellung des Checks ist bedingt durch die Stempelfreiheit; nicht auf Sicht gestellte Checks, soweit solche überhaupt vorkommen, sind stempelpflichtig. Liegt der Verfalltag jenseits des letzten Tages der in § 3 angegebenen Prä-

---

[49]) R.G. f. 1888, Entsch. in Strafs. Bd XVIII S. 154.

[50]) Reichsgerichtserkenntniss vom 28. Mai 1892, Centralblatt der Abgaben u. s. w. Gesetzgebung und Verwaltung für 1893 S. 46—47.

sentationsfrist, so geniesst der Checkberechtigte nicht den Rechtsschutz, den dieses Gesetz ertheilt.

Die Angabe des Ausstellungs- und Zahlungsortes braucht nicht gesetzlich verlangt zu werden, da der Checkberechtigte in seinem eigenen Interesse nur solche Checks als Zahlung nehmen wird, aus denen der Wohnsitz der aus ihm pflichtigen Personen, des Bezogenen und des Ausstellers, ersichtlich ist, falls es sich nicht um in der Geschäftswelt allgemein bekannte Firmen handelt.

Zu § 2.

Ordrechecks sind gemäss den Vorschriften der W.-O. durch Indossament übertragbar, Checks mit alternativer Inhaberclausel durch einfache Aushändigung.

Das Indossament an den Bezogenen ist als Quittung zu betrachten und schliesst, anders als beim Wechsel, die Weiterbegebung aus.

Zu § 3.

Die rechtliche Stellung des Checkberechtigten, wie sie in den §§ 7 und 9 dieses Gesetzes fixirt ist, bedingt eine Beschränkung auf eine gewisse kurz bemessene Frist, mit deren Ablauf die Geltendmachung dieser Rechte ausgeschlossen wird. Der Check ist Zahlungsmittel, nicht Credit- oder Umlaufsmittel und strebt daher nach baldiger Einlösung. Pflicht des Checkberechtigten ist es, im Interesse der ihm im Check verpflichteten Personen diese baldigst von ihrer Verpflichtung durch Einlösung des Checks zu befreien. Darum muss ein Gesetz, welches dem Checkberechtigten besondere Rechte einräumt, in Wahrung der Interessen der anderen betheiligten Personen die Ausübung dieser Rechte an eine besondere Dilegenzpflicht binden.

Das französische Gesetz verlangt, dass Platzchecks innerhalb fünf Tagen, den Ausstellungstag mitgerechnet, zur Zahlung präsentirt werden, Fernchecks innerhalb acht Tagen,

widrigenfalls der Inhaber sein Regressrecht gegen den Indossanten verliert, auch das gegen den Aussteller, soweit dieser in Folge der Verfehlung des Checkberechtigten Schaden erlitten hat. Dieselben Folgen knüpft das englische Recht an die Nichtpräsentirung des Checks within a reasonable time, deren genaue Bestimmung nach der Natur des Checks, dem Handels- und Bankgebrauch, sowie den Umständen des einzelnen Falles durch den Richter zu erfolgen hat.

In Deutschland hat sich, da ein Regressrecht ja nicht besteht, auch gewohnheitsrechtlich eine bestimmte kurze Präsentationsfrist nicht gebildet; höchstens wird aus der Aufgabe des Checks eine solche zu folgern sein. Es liegen hierüber folgende Urtheile vor:

Das Oberlandesgericht zu Köln constatirte am 21. Februar 1883, „dass auch in Deutschland für die Präsentation kaufmännischer Anweisungen — es handelte sich um einen Check — zur Einlösung eine kurze Frist im Handelsverkehr üblich ist, welche jedenfalls acht Tage nach der Ausstellung nicht übersteigt“. — Der höchste Gerichtshof des Königreichs Sachsen stellte dagegen am 18. Juni 1902 fest, dass ein derartiger Handelsbrauch nicht bestehe; auch die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft sprachen sich in diesem Sinne aus. Jedoch war das Gericht der Ansicht, dass aus der Natur des Checks, insbesondere aber seiner rechtlichen Gestalt und seinem wirthschaftlichen Zwecke eine Verpflichtung des Inhabers zur Präsentation innerhalb einer angemessenen Zeit sich herleiten lasse. Als äusserste Bemessung dieser Frist bezeichnete das Gericht im vorliegenden Falle zwei Wochen.

Das englische System, wie es sich in der Praxis ausgebildet hat, die reasonable time als gewahrt zu betrachten, wenn jeder Checkinhaber den Check spätestens am Tage nach dem Empfange weiter begeben hat, kann bei Anerkennung von Checks mit alternativer Inhaberclausel, die durch einfache Aushändigung übertragen werden, eine Nachahmung nicht finden. Es muss daher nach französischem Muster

die Fixirung einer bestimmten Präsentationsfrist vorgenommen werden.

In der Bemessung der Präsentationsfrist eine Scheidung zwischen Platz- und Fernchecks eintreten zu lassen, wie das französische Gesetz es thut, empfiehlt sich nicht, da auch Platzchecks häufig eine Versendung nöthig machen, die eines ebenso grossen Zeitaufwandes bedarf, wie die eines Fernchecks. Wenn beispielsweise ein Berliner Kaufmann einen Check auf die Disconto-Gesellschaft zieht und mit diesem seinen in einer kleinen Stadt des Rheinlandes ansässigen Gläubiger bezahlt, so ist eine Versendung 1. von Berlin in die kleine Stadt, 2. von dem Bankier des Gläubigers an die mit ihm in Geschäftsverbindung stehende Essener Creditanstalt, 3. von dort an deren Berliner Geschäftsverbindung, die Deutsche Bank, nöthig, die den Check dann bei der Disconto-Gesellschaft einlöst. Für Platz- wie für Fernchecks dürfte eine Präsentationsfrist von fünf Tagen bei ordnungsgemässer sofortiger Weitersendung genügen[51]).

Zu § 4.

Meist wird der Checkberechtigte nicht Metallauszahlung verlangen, sondern die Checksumme auf seinem Conto gutschreiben lassen. Dass diese Buchübertragung der Einlösung gleichstehe, wird freilich nicht mehr bestritten[52]), bedarf aber doch wohl der gesetzlichen Fixirung, da bisher von Gesetzeswegen noch nicht ausgesprochen ist, dass die buchmässigen Vorgänge der Gutschrift und der Belastung der thatsächlichen Zahlung gleich zu achten sind.

Zu § 5.

Principiell ist ein Widerruf des Checks seitens des Ausstellers nicht möglich, wie aus den allgemeinen Ausführungen

---

[51]) R. Koch wünscht 1—2 Tage für Platzchecks, 3 höchstens 4 bei Distanzchecks.

[52]) R. Koch, Ueber Giroverkehr u. s. w.; Endemann, 4. Aufl. S. 353.

über Anweisung und Check hervorging. Trotzdem dürfte ein solcher zuzulassen sein, wenn die Einlösung des Checks innerhalb der Präsentationsfrist nicht erfolgt ist. Ein derartiger Widerruf würde im Falle des Verlustes eines Checks das sonst erforderliche gerichtliche Amortisationsverfahren entbehrlich machen. Eine Beseitigung dieses jetzt häufig geübten einfachen Verfahrens würde einen Rückschritt bedeuten[53]).

Zu § 6.

Das ganze Abrechnungswesen, wie es sich in elf deutschen Städten zwischen der Reichsbank und den grossen Bankhäusern seit 1883 entwickelt hat[54]), in das Checkgesetz hineinzubeziehen, ist nicht rathsam, da die meisten hier entstehenden rechtlichen Beziehungen internen Charakters sind und in den diesbezüglichen Verträgen eine genügend klare Fixirung gefunden haben. Nur insofern sich die rechtlichen Beziehungen über den Kreis der wenigen betheiligten grossen Banken hinaus erstrecken, erscheint es nothwendig, dass auch das Gesetz sie berücksichtigt. Dies gilt allein hinsichtlich der Bestimmung der Checks mit der Clausel „Nur zur Verrechnung“, welche der Metallzahlung an einen Nichtberechtigten vorbeugen soll. Durch die Clausel soll der Bezogene verhindert werden, baar zu zahlen; die Einlösung des Checks soll nur durch Verrechnung, d. h. durch Buchübertrag bezw. im Wege des Abrechnungsverfahrens vorgenommen werden, also nur einer Person gegenüber, die mit dem Bezogenen in Geschäftsverbindung steht. Diese Clausel bedarf im Interesse der Verkehrssicherheit einer gesetzlichen Anerkennung; an ihre Nichtbefolgung seitens des Bezogenen ist die Schadensersatzpflicht zu knüpfen, da durch seine Fahrlässigkeit bezw. Böswilligkeit

---

[53]) Hoppenstedt, Zum Checkgesetze S. 17.

[54]) Siehe Jubiläumsschrift der Reichsbank 1900; R. Koch, Abrechnungsstellen in Deutschland und ihre Vorgänger.

dem Aussteller ein Schaden erwachsen ist, dem vorzubeugen der Aussteller in der Verrechnungsclausel gerade Massnahmen ergriffen hatte.

§ 7

hat in den ausführlichen obigen Darlegungen eine hinreichende Begründung gefunden.

Zu § 8.

Ueberzieht der Aussteller sein Guthaben, so ist der Bezogene nicht zur Einlösung der Checks verpflichtet. Es fragt sich aber: muss er einen Check, für welchen er nur theilweise Deckung erhalten hat, soweit die Deckung reicht, einlösen bezw. muss er gleichzeitig eingelieferte Checks einlösen, deren Gesammtbetrag das Guthaben des Ausstellers übersteigt? — Diese Frage ist von keinem Checkgesetz berührt. Sie findet ihre zweckmässigste Lösung dahin, dass die Einlösung in beiden Fällen zu sistiren ist. Denn findet eine Ueberziehung statt, so liegt der Verdacht einer Checkfälschung nahe. Der Fall erheischt eine genaue Untersuchung. Der Bezogene muss dem Aussteller sofort von der Ueberziehung Mittheilung machen, um Aufklärung über den Grund der Ueberziehung zu erhalten. Es wird sich dann herausstellen, ob eine Fälschung vorliegt oder grobe Fahrlässigkeit oder gar betrügerische Absicht seitens des Ausstellers. Auf jeden Fall kann der Bezogene zur sofortigen theilweisen Einlösung nicht verpflichtet sein; im ersteren Falle würde das sogar dem Interesse des Ausstellers zuwiderlaufen.

Zu § 9.

Das Regressrecht des Checkberechtigten fand ebenfalls bereits hinreichende Würdigung.

Zu § 10.

Die Geltendmachung des Regressrechtes setzt einen Nachweis der rechtzeitigen Präsentation und der Nichteinlösung des Checks voraus. Die Form dieses Nachweises ist wie das ganze

Regressrecht dem Wechselrecht zu entnehmen. Daneben würde es sich empfehlen, eine einfachere Form zuzulassen: die vom Bezogenen auf den Check gesetzte, unterschriebene und das Datum der Präsentation enthaltende Erklärung, dass er die Zahlung verweigere[55]). Desselben Nachweises bedarf es zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes gegen den Bezogenen.

Nach Ablauf der Präsentationspflicht sind der Aussteller und die Indossanten ihrer Regresspflicht ledig, der Bezogene seiner Einlösungspflicht. Der letztere darf jedoch auch noch nach Ablauf der Präsentationspflicht den Check einlösen, falls ihm nicht der nun mögliche Widerruf seitens des Ausstellers zugegangen ist (§ 5).

Dem Checkberechtigten steht nach Ablauf der Präsentationsfrist lediglich die civilrechtliche Bereicherungsklage gegen den Indossanten und den Aussteller offen.

Zu § 11.

Im Interesse des Verkehrs liegt eine schleunigste Geltendmachung der aus dem Check entstandenen Ansprüche; diese zu erzwingen, sind kurze Verjährungsfristen angebracht.

Zu § 12.

Wie das Wechselrecht, ist auch das Checkrecht streng formell zu halten; es empfiehlt sich, die Bestimmungen des Checkrechtes denen des ersteren möglichst anzupassen. Eine Abweichung hat in vorliegendem Entwurf nur da stattgefunden, wo eine solche gemäss dem Wesen des Checks und dem Verkehrsbedürfniss unbedingt vorgenommen werden musste. Im Uebrigen ist der Check vollkommen den Bestimmungen der W.-O. zu unterstellen.

---

[55]) R. Koch, Ueber Bedürfniss u. s. w.

Kurze Besprechungen.

Aus dem Strafrecht sei genannt:

Hippel, Dr. Robert von, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu (Berlin 1895), verfolgt das Thema nach der straf-dogmatischen wie nach der legalpolitischen Seite und sucht insbesondere auch die reichen Erfahrungen zu verwerthen, welche man in der Anwendung der sogen. correctionellen Nachhaft gemacht hat. In manchen Punkten bin ich allerdings anderer Ansicht, insbesondere halte ich die Begriffsbestimmung des Bettelns, wie sie der Verfasser S. 9 f. giebt, nicht für genügend. Ich glaube, dass der Begriffsbestimmung etwas Wichtiges beizufügen ist: nicht die Bitte an sich macht das Betteln, sondern die gesellschaftlich unzulässige Art des Bittens, mag dies nun ein Betteln im eigentlichen Sinne, d. h. eine iterative andauernde belästigende Weise des Bittens oder eine Bitte zur Unzeit am falschen Orte sein. Ohne einen derartigen Zusatz kommt man dazu, in vielen Fällen die wohlthätigen Sammlungen oder auch den Hülfsbedürftigen, der in der Bedrängniss um eine Beihülfe bittet, ungerecht in die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung zu verwickeln. Auch darin stimme ich dem Verfasser nicht bei, dass er die correctionelle Nachhaft als eine Strafe erklärt. Ich halte sie vielmehr ganz sicher für eine Art der Zwangserziehung und glaube darum auch, dass die Bestimmung des Bundesraths, wonach die Nachhaft in ihrer Dauer sofort ein- für allemal festgestellt werden soll, unzutreffend ist und dem Charakter des Institutes keineswegs entspricht. Die Nachweise über die Form der Verbüssung der Nachhaft und die Ergebnisse, die man dabei hatte, sind besonders schätzenswerth. Dass Prostituirte dadurch nicht gebessert und von ihrem Wandel abgebracht werden, wie einstimmig berichtet wird,

S. 265 f., ist begreiflich. Die Nachhaft kann auch gar nicht diesen Zweck verfolgen, aber sie ist in anderer Beziehung wohlthätig; denn nichts macht auf die Prostituirten einen solchen Eindruck, wie die Möglichkeit einer Einsperrung in ein Arbeitshaus und zwingt sie, in den polizeilichen Schranken zu bleiben, die unbedingt erforderlich sind, so lange man eine Regelung der Prostitution hat. Beizufügen ist übrigens, dass durch Gesetz vom 25. Juni 1900 der § 362 StGB., gerade was die Dirnen betrifft, eine neue Fassung erhalten hat.

Hieran kann angereiht werden die Schrift Bozi, Die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechens, 1895, eine Schrift, welche insbesondere durch die richtige Unterscheidung zwischen Strafe und Sicherungsmassregel bemerkenswerth ist.

In das Gebiet des Strafrechts greift auch ein die lehrreiche Schrift von Streiff, Die Religionsfreiheit und die Massnahmen der Cantone und des Bundes gemäss Art. 50 Abs. 2 der schweizerischen Bundesverfassung. Die Art und Weise, wie die Religionsfreiheit in der Schweiz gehandhabt wird, insbesondere die ausserordentliche, fast schrankenlose Freiheit der Presse in der Besprechung religiöser Fragen, und die Art und Weise, wie das Bundesgericht auf Grund der Bestimmungen der Verfassung das Recht der freien Meinungsäusserung zur Geltung zu bringen sucht, sind überaus bemerkenswerth. Vgl. insbesondere S. 69 f. der Schrift. Hierbei muss allerdings in Betracht gezogen werden, dass Verschiedenheit von Volkscharakter und Volksanschauung auch eine Verschiedenheit der Rechtsprechung bedingen kann. Auch das Verfahren in Bezug auf die Heilsarmee S. 53 f. ist juristisch von grossem Interesse.

Rechtsvergleichender Art ist eine vorzügliche Arbeit von Dr. Anton Koban, Der Regress des Bürgen und Pfandeigenthümers nach österreichischem und deutschem Rechte (1904), welche sich mit der civilistisch höchst interessanten Frage beschäftigt, inwieweit von dem Bürgen oder von dem zahlenden Dritten aus ein Rückgriff gegen andere Haftende zu nehmen ist. Die Frage gehört zu den interessantesten des Schuldrechts und soll in meinem Lehrbuch ausführlich behandelt werden.

Insbesondere kommt in Betracht, inwieweit die Subrogationserscheinungen (sofern der Zahlende in die Rechte des Gläubigers eingewiesen wird) sich mit den sonstigen Grundsätzen mischen und das Rückgriffsrecht beeinflussen. Der Verfasser berücksichtigt dabei das österreichische und das deutsche Civilgesetzbuch in ebenso gründlicher wie verständiger Weise.

Aus der Geschichte des deutschen Rechts ist die Schrift von Dr. Herbert Meyer, Neuere Satzung von Fahrnissen und Schiffen, ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Pfandrechts (1903); sie sucht darzulegen, dass die neuere Satzung an fahrender Habe, im früheren deutschen Recht weit verbreitet war, insbesondere im Lübischen und den verwandten Rechten. Das neuere Recht hat bekanntlich in Deutschland das Institut abgelehnt. Zu Unrecht! Das praktische Bedürfniss hat dahin geführt, dass man das Institut doch ins Leben einführt, entweder in der Verkleidung von Kauf und Wiederkauf oder in der Gestalt des richterlichen Pfandrechts. Warum soll man aber diese Wege wählen, warum sollte es nicht möglich sein, ein derartiges Vertragspfandrecht in ähnlicher Form wie das richterliche Pfandrecht zu begründen? oder warum sollte es nicht möglich sein, sich hier des Registerwesens zu bedienen, in ähnlicher Weise, wie es das englische Recht thut nach der bill of sale-Akte? Ein rechtsvergleichendes Eingehen auf das englische Recht wäre für die Frage äusserst förderlich gewesen. Die Bedenken, die man gegen die Einführung eines derartigen Gemeindebuchs geltend gemacht hat, vgl. S. 141 f., sind in keiner Weise durchschlagend.

Die Schrift Johann v. Kiraly's, Geschichte des Donau-, Mauth- und Urfahrrechtes (Pressburg), welche bis in die Arpadenzeit zurückgeht, verdient als Beitrag zu der ungarischen Rechtsgeschichte, bezüglich welcher wir in der nächsten Zeit weitere Darstellungen zu bieten hoffen, Anerkennung und Berücksichtigung.

Kohler.

[Wird fortgesetzt.]

XV.

Zum Recht der nordaustralischen Stämme.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Die ausgezeichneten Forscher Spencer und Gillen haben ihrem im Jahre 1899 erschienenen Werke über die Stämme Centralaustraliens (vgl. darüber Zeitschr. XVII p. 257 f.) im Jahre 1904 neue Studien über die Nordaustralstämme folgen lassen, die an tiefem Eingehen, genauem Studium und Fülle der Belehrung hinter dem früheren Werke nicht zurückstehen. Wie bedeutungsvoll ihre Ergebnisse für die vergleichende Rechtswissenschaft sind, zeigt die folgende Darstellung. Die Seitenzahlen sind dem neuen Werke (The Northern Tribes of Central Australia, London 1904) entnommen.

§ 2.

Während verschiedene Australstämme noch Mutterrecht haben, sind viele zum Vaterrecht übergegangen [1]. Darüber erfahren wir Folgendes:

[1] Man hat mit vieler Sachkenntniss den Schriftstellern der vergleichenden Rechtswissenschaft Widersprüche vorgeworfen, da die einen annähmen, die Australstämme hätten Vaterrecht, die anderen behaupteten, dass bei ihnen Mutterrecht herrsche! Ein anderes Mal erinnere ich mich gelesen zu haben, dass nicht einmal bei den Afrikavölkern ein gleiches Recht zu finden sei! — bei den Afrikavölkern, den Bantu, den rothen

Das Vaterrecht beruht nicht auf der Erkenntniss der physiologischen Beziehung zwischen Kind und Vater; den Australiern ist dieser Zusammenhang nicht bewusst. Sie glauben, dass das Kind durch Eintreten eines Geistes in den Leib der Mutter erscheine, sie glauben, ein Weib könne durch Berührung mit einem Zauberstein in die Hoffnung kommen; oder wenn eine Axt an den Baum anschlage, so könne ein Kind herauskommen und in sie einziehen, p. 330 u. ff. Die Verbindung mit Männern erfolgt bei heirathsfähigen Frauen so regelmässig, dass der Zusammenhang zwischen Geschlechtsumgang und Schwangerwerden, Nichtgeschlechtsumgang und Nichtschwangerwerden gar nicht Gegenstand einer eindringlichen Erfahrung geworden ist.

Es lassen sich folgende Reste des Mutterrechts nachweisen:

1. der Avunculat: der Avunculus hat vielfach über seine Nichte (naminni) zu verfügen; so bei den Warramunga p. 108, 603; er gebraucht auch wohlthätigen Zauber und bestreicht das Mädchen, um seine Entwicklung, namentlich die Entwicklung seiner Brust zu fördern, p. 474 ff.;

2. der Ehemann hat den Tod des Avunculus seiner Frau zu rächen und hat für ihn zu trauern; so bei den Warramunga und Binbinga, p. 108, 114;

3. das totemistische Speiseverbot erstreckt sich vielfach auch auf den Totem der Mutter (auch auf den väterlichen, wenn er ein verschiedener ist); allerdings wird das Verbot nicht immer sehr streng genommen, p. 166, 171, 173;

4. mütterliche Verwandten nehmen neben den väterlichen am Totenmahl Theil, wobei der Tote verzehrt wird, p. 548;

5. das Erbrecht ist bei manchen dieser Stämme mutterrechtlich, indem die Gegenstände an den Mutterbruder oder an den Ehemann der Tochter fallen (der dem mütterlichen

---

Stämmen, der hamitischen Bevölkerung das gleiche Recht!! Soll man solche Einwürfe ernst nehmen?

Stamm angehört), p. 617, während es bei anderen vaterrechtlich ist, p. 616.

Von der Couvade findet sich wie bei anderen Völkern das eine, dass der Ehemann während der Schwangerschaft gewisse Dinge nicht essen darf, z. B. Schlangen oder Eidechsen; ferner, dass er nicht auf die Jagd gehen soll, deshalb, weil das Kind seine Waffe ablenkt; bei einer Uebertretung des Speiseverbotes aber leidet das Kind, oder es durchbricht die Bauchwände und bewirkt den Tod der Mutter, p. 614.

§ 3.

Die Einteilung in 8 Gruppen und die Heirathsfolgen finden sich wie bei den Arunta (Zeitschr. XVII p. 262 f.).

So gilt bei den Warramunga Folgendes:

ein Thapanunga heirathet eine Tjupila, der Sohn ist ein Thapungarti;

ein Thapungarti heirathet eine Tjambin, der Sohn ist wieder ein Thapanunga;

ein Tjunguri heirathet eine Thungalla, der Sohn ist ein Tjapelteri;

ein Tjapelteri heirathet eine Thakomara, der Sohn ist ein Tjunguri;

ein Tjupila heirathet eine Thapanunga, der Sohn ist ein Thakomara;

ein Thakomara heirathet eine Tjapelteri, der Sohn ist ein Tjupila;

ein Thungalla heirathet eine Tjunguri, der Sohn ist ein Tjambin;

ein Tjambin heirathet eine Thampungarti, der Sohn ist ein Thungalla.

Dabei haben wir der Einfachheit halber die Frauen der Gruppe mit dem gleichen Namen bezeichnet wie die Männer, was eigentlich ungenau ist; denn bei den Thapanunga z. B. heisst die entsprechende Frau Napanunga, bei den

Tjupila heisst sie Naralu u. s. w. Doch kommt es weniger darauf an, und die Darstellung wird durch diese Ungenauigkeit erleichtert.

Bezeichnen wir die offenbar aus 4 Classen entstandenen 8 Unterclassen in folgender Weise:

Thapanunga A_1,
Tjupila B_1,
Thapungarti A_2,
Tjambin B_2,
Tjunguri C_1,
Thungalla D_1,
Tjapelteri C_2,
Thakomara D_2,

so haben wir nachstehende Heirathsfolgen:

I.	A_1	heirathet	B_1;	Sohn A_2,
	A_2	„	B_2;	Sohn A_1;
	C_1	„	D_1;	Sohn C_2,
	C_2	„	D_2;	Sohn C_1;
II.	B_1	„	A_1;	Sohn D_2,
	D_2	„	C_2;	Sohn B_1;
	D_1	„	C_1;	Sohn B_2,
	B_2	„	A_2;	Sohn D_1.

Wir sehen daraus, dass die 4 Classen wiederum auf 2 Classen zurückgehen, von denen die erste aus A und C, die letztere aus B und D besteht, wobei jeweils A sich in A_1 und A_2, B in B_1 und B_2 u. s. w. theilt. In der Heirathsfolge I bewegen sich die Classen A C und B D untereinander. In der Heirathsfolge II aber springt B_1 A_1 auf D_2 über und auf dem Wege von D_2 C_2 auf B_1 zurück; und ebenso springt D_1 C_1 auf B_2 über, und dies führt wieder auf dem Wege B_2 A_2 auf D_1 zurück.

Im Uebrigen sind die Namen wie die Sprachen bei den verschiedenen Stämmen sehr verschieden.

Bei den Binbinga gilt Folgendes:

Ein Tjuanaku heirathet eine Tjurulum, der Sohn ist ein Pungarinji;

ein Pungarinji heirathet eine Yakomari, der Sohn ist ein Tjuanaku u. s. w.

Etwas Besonderes wird von den Mara- und Anula-Stämmen berichtet. Diese benennen nur 4 Classen, nicht auch die darunter stehenden 8 Unterclassen; und doch zerfällt auch hier jede der 4 Classen in 2 Unterclassen, die nur nicht durch besondere Namen ausgeschieden sind: offenbar werden hier die Altersgruppen ohne Namen getrennt.

Die 4 Classen sind bei den Marastämmen

Murungun,
Purdal,
Mumbali,
Kuial.

Bezeichnen wir sie ebenfalls mit A, B, C, D und die nicht benannten Unterstämme mit A_1 und A_2 u. s. w., so bekommen wir folgendes Schema:

I. A_1 heirathet B_1, der Sohn ist ein A_2,
A_2 „ D_2, der Sohn ist ein A_1,
C_1 „ D_1, der Sohn ist ein C_2,
C_2 „ B_2, der Sohn ist ein C_1.
II. B_1 „ A_1, der Sohn ist ein B_2,
B_2 „ C_2, der Sohn ist ein B_1,
D_1 „ C_1, der Sohn ist ein D_2,
D_2 „ A_2, der Sohn ist ein D_1.

Wir haben hier also die gleichen Abtheilungen der 2 Hauptclassen in 4 Classen und 8 Unterclassen. Nur ist die Heirathsfolge dadurch etwas verschieden, dass A_2 auf D_2 überspringt (und umgekehrt) und B_2 auf C_2 (und umgekehrt).

Solche Unterschiede können auf geschichtlichen Zufälligkeiten beruhen, das System wird dadurch nicht angetastet.

Im Uebrigen gelten die bekannten Gleichstellungen in der Verwandtschaftsbenennung,

Vater = Vaterbruder,
Mutter = Mutterschwester,
Sohn = Brudersohn,
Bruder = Vaterbrudersohn,

wobei der ältere oder jüngere Bruder in der Bezeichnung unterschieden wird;
Ehemann = Bruder des Ehemanns = Ehemann der Schwester,
Ehefrau = Schwester der Ehefrau = Ehefrau des Bruders,
Vater der Ehefrau = Vater des Ehemanns der Schwester,
Mutter der Ehefrau = Mutter des Ehemanns der Schwester.

Es sind dies Gleichstellungen, von denen ich bereits in meiner Urgeschichte der Ehe und in dieser Zeitschrift XVII p. 268 f. Mittheilung gemacht habe. Hier kann ich auch noch bemerken, dass die Gleichung Onkel = Schwiegervater, die wir bei manchen Gruppenvölkern finden, bei den Australiern durch die Art der classificatorischen Heirathsfolgen ausgeschlossen ist. Nehmen wir die obigen Heirathsfolgen:

A_1 heirathet B_1, der Sohn ist ein A_2,
A_2 „ B_2, der Sohn ist ein A_1; ferner
B_1 „ A_1, der Sohn ist ein D_2,
D_2 „ C_2, der Sohn ist ein B_1.

Hier ist es undenkbar, dass der Avunculus des A_1 sein Schwiegervater ist, denn A_1 hat die B_2 zur Mutter. Also ist ihr Bruder B_2 sein Avunculus. Der Schwiegervater des A_1 aber, der Vater der B_1 ist, wie aus der Tabelle hervorgeht, nicht B_2, sondern D_2. Mithin kann diese Gleichung hier nicht vorkommen.

Aber auch bei dem Typus der Mara und Anula ist dies unmöglich, denn hier ist A_1 der Sohn der D_2 und daher sein Avunculus auch ein D_2; und er heirathet eine B_1, welche eine Tochter des B_2 ist. Also ist der Avunculus ein D_2, und der Schwiegervater ein B_2. Die Gleichstellung Avunculus =

Schwiegervater ist also auch hier ausgeschlossen. Die, welche sich heirathen, sind daher nicht Schwestersohn und Brudertochter.

Von letzterem machen allerdings die Warramunga, Binbinga (auch die Mara) eine Ausnahme, da sie die Ehe mit der Tochter des Avunculus gestatten, p. 106, 114, 126; aber sie gilt immerhin als Anomalie: es kann zwar vorkommen, dass A_1 die Tochter eines B_2, also eine D_1 heirathet; dass aber dies eine Ausnahme ist, ergiebt sich daraus, dass ihr Kind hier nicht, wie es nach Vaterart sein sollte, ein A_2 ist, sondern ein C_2, so wie es wäre, wenn die D_1 regelrecht einen C_1 geheirathet hätte. Die Aruntas haben diese Besonderheit nicht.

Im Uebrigen gelten für die Verwandtschaftsbenennungen noch folgende Grundsätze:

1. Da die Gruppenfolge in der dritten Generation auf die erste wieder zurückkommt, da also beispielsweise A_1 einen Sohn A_2 und dieser wieder einen Sohn A_1 hat, so ist es begreiflich, dass die Bezeichnungen hier wieder dieselben werden; Vatervater = Sohnessohn. Es wäre daher denkbar, dass man Bruder und Grossvater mit dem gleichen Namen bezeichnete. Das ist zwar nicht der Fall, wohl aber:

Muttermutter = Mutter des Ehemanns der Tochter, = Mutter der Ehefrau des Sohnes (sämmtliche sind C_1 gegenüber A_1),

Muttervater = Vater des Ehemanns der Tochter (D_1 gegenüber A_1).

2. Die Benennungen sind oft gegenseitig; wie ich den Bruder meiner Frau Schwager nennen und dieser mich (den Ehemann seiner Schwester) ebenfalls Schwager, so finden wir nicht nur die Gleichstellung:

Vatervater = Sohnessohn, welche sich bereits aus Prinzip 1 ergiebt, sondern auch Muttervater = Tochtersohn (D_1 also = A_1).

3. Ebenso bewirkt der Gruppengedanke vielfach eine Gleichstellung von Verwandten und Verschwägerten, weil hier die Verschwägerten aus einer bestimmten Classe der Verwandtschaft stammen müssen, so:

Vater der Ehefrau = Sohn der Schwester, denn die Frau des A_1 ist eine B_1, ihr Vater ein D_2;

die Schwester des A_1 ist eine A_1; ihr Sohn ist ebenfalls ein D_2. In beiden Fällen sprechen die Warramunga von auiniari.

Ebenso Bruder der Mutter = Ehemann der Tochter; denn die Mutter des A_1 ist eine B_2, ihr Bruder also ein B_2; die Tochter des A_1 ist eine A_2 und ihr Ehemann ebenfalls eine B_2; beides heisst bei den Warramunga: naminni.

4. Mitunter finden sich gewisse unregelmässige Erstreckungen auf eine verwandte Classe. So ist bei den Warramunga der Vater der Ehefrau = Ehefrau des Sohnes: beide sind auiniari. Dies stimmt nicht völlig, denn die Frau des A_1 ist eine B_1, ihr Vater ein D_2; der Sohn ist ein A_2 und dessen Ehefrau ist normalmässig eine B_2. Allein wir haben S. 327 gesehen, dass bei den Warramunga gegen die Regel eine A_1 eine D_1 heirathen kann, und so auch ein A_2 eine D_2. Damit kommt zugleich die Zusammengehörigkeit der Gruppen B und D zu Geltung. Vgl. noch unten S. 329.

§ 4.

Bei fast allen Stämmen findet sich das jus primae noctis als Deflorationsgebrauch, in der Art, dass zuerst die Jungfrau durch einen Einschnitt des Hymens beraubt wird, worauf sie mit den verschiedensten Personen Umgang hat und zwar zunächst mit solchen, mit denen ihr sonst der Verkehr streng verboten ist, so mit den Personen aus der Classe der Ipmuna und Unkulla, p. 133, 135 [2]). In gleicher Weise aber muss die Frau sich auch nach dem Tode des ersten Mannes, nachdem die Trauerfeierlichkeiten beendet sind und ein neues Geschlechtsleben für sie beginnt, diesen Personen preisgeben, p. 136, 509 f. Ebenso finden sich solche geschlechtlichen Unregelmässigkeiten bei verschiedenen religiösen Gebräuchen und bei den Corrobori-

[2]) Zeitschrift XVII p. 266. 271.

tänzen, p. 136, 139. Sicherlich sind dieses alles Reste der Promiscuität, d. h. der Vermischung ohne Classenunterschied, welche der Gruppenehe vorherging.

Andernfalls darf die verheirathete Frau sich nur dann preisgeben, wenn der Ehemann es gestattet. Sie unterliegt sonst den schwersten Brutalitäten, so z. B., dass er ihr ein glühendes Holz in die Vulva stösst, p. 474.

§ 5.

Die aus der Ehescheu hervorgehende Schwiegerscheu findet sich überall, am mächtigsten natürlich die Scheu gegenüber der Schwiegermutter, mit der man nicht verkehren, die man nicht anblicken darf, abgesehen von dem Fall des Blutzaubers, sofern man durch sein Blut die erkrankte Schwiegermutter retten kann: man träufelt ihr dann solches in den Mund, doch muss dies mit aller Discretion geschehen, indem sich beide von einander abwenden, p. 601. Bei vielen Stämmen erstreckt sich diese Scheu auch auf den Schwiegervater, so bei den Binbinga- und den Marastämmen, wo der Schwiegersohn und der Schwiegervater und alle, die ihnen gleichstehen, einander den Rücken zukehren müssen, p. 610. So ist es ferner streng verboten, etwas zu essen, was der Schwiegervater erbeutet hat, eine Beschränkung, die auch auf andere Personen erstreckt wird, so z. B. bei den Warramungas auf die Kinder der Schwester, p. 609. Dagegen hat umgekehrt der Schwiegersohn von seiner Beute einiges an den Schwiegervater abzutreten.

§ 6.

Die Namengebung geschieht nach Oertlichkeiten oder nach Thieren, p. 580. Bei manchen Stämmen ist sie atavistisch, nach Grossvater und Grossmutter, p. 585 f. Vielfach bekommt das Kind neben seinem gewöhnlichen Namen einen heiligen Namen (Churinga-Namen), oft nach einem der mystischen Altvordern (der Alcheringa), p. 581. Ein weiterer Name wird bei der Jünglingsweihe ertheilt, p. 582.

Den Namen giebt der Vater oder Grossvater, p. 580, und bei den Urabunna giebt der Vater den Geburtsnamen, der väterliche Grossvater den Weihenamen, p. 582.

Kindsmord ist gestattet und wird viel geübt, p. 330.

Als Jünglingsweihe besteht auch hier allgemein die Beschneidung, die mit einem Steinmesser vollzogen wird, und die Schlitzung des Penis, wozu noch andere oft recht peinvolle Gebräuche kommen. Die Jünglinge ziehen sich dabei in die Einsamkeit zurück und werden hier von einem Weihevater über die wesentlichen Verhältnisse des Lebens unterrichtet, p. 328, 358, 361.

§ 7.

Die Dürftigkeit des Vermögens bedingt eine Dürftigkeit des Erbrechts. Andererseits hat der Mangel einer Idee des Fortlebens nach dem Tode es herbeigeführt, dass dem Toten keine Sachen mitgegeben werden. Das, was jemand persönlich hat, sind insbesondere seine speciellen Heiligthümer, Churingas, die sich bei manchen Stämmen vaterrechtlich, also auf den Sohn oder auf den Bruder vererben, so bei den Aruntas, bei anderen Stämmen mutterrechtlich; wie dies bereits S. 322 f. dargelegt worden ist, p. 616, 617.

§ 8.

Der Mord unterliegt der Blutrache; natürlich gilt auch hier die allverbreitete Anschauung, dass der Tod regelmässig Folge von Verzauberung ist und dass diesem Zauber nachgegangen werden muss.

Die Blutrache geschieht entweder durch eine Racheschar (Atninga), die den Thäter aufsucht und ihn oder einen Verwandten tödtet, p. 556 f., oder durch bösen Zauber (durch Fasten, Wasserausspeien u. s. w.), p. 529. Als Bahrprobe dient insbesondere auch die Richtung, welche die Fäulnissflüssigkeit nimmt, die von dem auf einem Baum verwesenden Leichnam herabtropft, p. 528.

XVI.

Zum Rechte der Tschinuk.

Von

Josef Kohler.

Ein von der Erdfläche verschwindender Stamm der Indianer an der Mündung des Oregon (Columbia) ist von dem hochverdienten Forscher Boas in seinen ethnologischen Eigenthümlichkeiten festgehalten worden. Boas hat sich von einem der wenig Ueberlebenden dieses Geschlechts Sagen und Märchen erzählen lassen und diese in Ursprache und Uebersetzung in den Publikationen des Bureau of Ethnology von Washington wiedergegeben, unter dem Titel Chinook Texts by Franz Boas (Washington 1894). Sie bieten reichlichen Stoff für die Ethnologie, der anderweit ausgebeutet werden soll. Aber auch die rechtlichen Ergebnisse sind wichtig. Diese sollen hiermit folgen; die Citate entsprechen der Boas'schen Ausgabe.

§ 1.

Die Ehe ist exogam; mindestens gilt die Vermischung der Geschwister als Gräuel, p. 51. Die Familie ist vaterrechtlich. Doch tritt noch mitunter der Mutterbruder hervor, p. 249. Die Ehe ist als Kaufehe gedacht; der Kaufpreis, bestehend aus Dentalia, Sklaven und Decken, wird dem Vater entrichtet, von diesem aber wieder an seine Verwandten vertheilt. Die Kaufform ist aber dadurch bedeutend abgeschwächt, dass die Familie der Braut eine Gegengabe gewährt, welche dem

Kaufpreis nicht viel nachgiebt (p. 251 ff.). Eine eigenthümliche Art des Kaufpreises wird einmal folgendermassen erwähnt: Eine Frau will sich eines Schamanen bedienen, um jemanden zu verzaubern; statt ihn zu bezahlen, verheirathet sie sich mit ihm (p. 209). Auch noch in folgendem Zuge zeigt sich der Kaufcharakter: Der aus dem Geisterreich mit langwallendem Haar Heimkehrende bekommt von den Geistern die Anweisung, dass er niemals sein Haar zur Zahlung des Frauenpreises hingeben solle (p. 160).

Aber auch noch Spuren der Raubform sind vertreten: Der Mann, dem die Familie der Frau nicht zu Willen ist, nimmt sie mit Gewalt weg. Sie wird dann wieder zurückgeholt, kehrt aber nochmals zum Manne heim; und ist sie dreimal zu ihm zurückgelangt, dann lässt man sie dort und erhält sodann ein kleines Frauengeld, p. 151 ff. Aber auch bei der regelmässigen Ehe ist der Raubgedanke noch durch die Zeremonie vertreten, dass die Verwandten des Bräutigams den Verwandten der Braut drei- oder viermal die Decken zu nehmen suchen, dass sie den Weg mit Geld, Dentalia, bestreuen, und dass die Braut von einer Frau auf dem Rücken davongetragen wird, p. 251.

Ganz wie in der deutschen Sage ist auch hier als Ausläufer der Raubidee das Wettspiel um die Braut vertreten, so dass derjenige die Braut heimführt, der die Probe der Kraft besteht, so p. 77 ff.

Dem Frauenkauf entspricht die Leviratsehe: Die Frau kommt nach dem Tode des Mannes an seinen jüngern Bruder, eventuell an seinen Vater oder einen andern Verwandten, p. 252, 257. Doch hat die Leviratsehe noch einen tieferen Hintergrund aus der Zeit der Gruppenehe her: Die Frau gehört nicht nur dem Mann, sondern dem ganzen Geschlecht des Mannes an. Dies geht daraus hervor, dass auch das Umgekehrte stattfindet, indem, wenn die Frau stirbt, ihre ältere oder jüngere Schwester, je nach Umständen, ihrem Manne zufällt, p. 257; man müsste denn annehmen, dass dem Brauche

das gleiche Motiv zu Grunde läge, wie bei den Bantus, dass nämlich bei dem frühzeitigen Tod der Frau ihre Schwester als Ersatz dienen muss. Dafür könnte auch sprechen, dass, wenn bei Lebzeiten der Frau das Kind stirbt, der Mann von der Familie der Frau einen Ersatz erhält (Sklave oder Kanoe), wohl deshalb, weil die Frau dem Mann nicht ausreichend geleistet hat, was er erwarten konnte, p. 257, 251. Bevor die Frau den Bruder oder Verwandten des Mannes heirathet, muss sie ein Trauerjahr bestehen, p. 258.

Von der Couvade finden wir reichliche Züge: Der Ehemann der Schwangeren darf keine Ottern tödten, keine Vögel schiessen, keine Seehunde rösten, weil sonst der Geist des Thieres das Kind schädigt. Er darf keinen Leichnam ansehen, sonst wird das Kind krank (es bekommt Blattern); er darf keine gefundene Speise essen, weil sonst das Kind, wo die Speise ein Loch hat, ebenfalls ein Loch bekommt. Der Tabu dauert nach der Geburt bei Mädchen noch zehn Tage, bei Knaben fünf. Insbesondere während dieser Zeit darf der Vater weder fischen noch jagen, p. 241 ff., 243.

Aber auch nachträglich findet sich ein Zusammenhang zwischen Vater und Kind. Ist der Vater auf der Jagd, so darf das Kind keinen Lärm machen, noch in die Nähe des Wassers gehen, sonst überträgt sich ein etwaiges Unglück des Jägers auf das Kind: es wird krank oder fällt ins Wasser, p. 265.

§ 2.

Wie andere Nordweststämme, so kennen auch sie Sklaven: die Sklaven sind Kriegsgefangene und werden wie ein anderes Vermögensstück veräussert und vererbt, p. 156, 121.

An Wallfischen besteht ein Gemeineigenthum des Dorfes: hier wird genau bestimmt, was jeder herunterschneiden darf, p. 262.

Auch ein primitives Erbrecht fehlt nicht. Von der Wittwe ist bereits die Rede gewesen, im übrigen wird das

Vermögen an Verwandte vertheilt. Von letztwilligen Verfügungen findet sich folgende Spur: Wenn der sterbende Mann seine Frau einem bestimmten Verwandten zuwendet oder die sterbende Frau eine bestimmte Schwester ihrem Mann, so pflegt dies respektirt zu werden, p. 257.

Von Käufen und Verkäufen ist in der Sage vielfach die Rede, auch vom Dienstvertrag: der ärztliche Dienst wird belohnt (p. 152), ebenso wird der Schamane bezahlt für seine Verzauberung (p. 208 ff.). Vom Spiel und von der Verpfändung im Spiel wird öfters erzählt, p. 35, 36, 171.

§ 3.

Auf Mord durch einen fremden Geschlechtsgenossen folgt Blutrache, die aber durch Wergeld begütigt werden kann, p. 252. Dies gilt namentlich auch dann, wenn der Mord durch Verzauberung geschah; dann kann die Rache natürlich auch durch Gegenzauber erfolgen, p. 207, 208 ff.

Todeswürdiges Verbrechen ist auch die Entführung einer Frau, p. 252, Leichenraub und Leichenschändung, p. 257.

Die Blutrache geht von Geschlecht zu Geschlecht, bis sie ausgeglichen wird. Die Ausgleichung kann auch durch Zwischenheirath geschehen, p. 270.

Daneben findet sich die religiöse Sühnung, die wohl hauptsächlich dann stattfindet, wenn der Mord im eigenen Geschlecht geschah und daher aus bekannten Gründen die Blutrache ausgeschlossen ist. Der Mörder wird schweren Prüfungen unterworfen. Zuerst wird sein Gesicht mit Kohle bestrichen, damit er unkenntlich wird; er bekommt Cedernborke um seine Glieder, weil sonst von ihm Unheil ausgeht; er darf 5 Tage nicht liegen, nicht schlafen, nicht trinken und muss immer äh, äh rufen. Nach 5 Tagen wird sein Gesicht gewaschen und mit Roth bestrichen und er bekommt statt Cedernrinde Ziegenhaut um seine Glieder. Aber noch

30 Tage lang muss er sich in der Nahrung zurückhalten, erhält nur angebratenes Essen und muss sein Mahl stehend nehmen. Ja, selbst wenn die Sühnung vorbei ist, bleibt er ein Unheilsmensch, und seine Anwesenheit ist unglückbringend (p. 258).

Von Asylrecht findet sich noch etwas, was als Zeitasyl gelten kann: bei einem feierlichen Tanz (potlatsch) darf nicht mit Bogen geschossen werden, p. 269.

XVII.

Zum Rechte der Timoresen.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Vom Rechte der Malayen ist in der Zeitschrift XVII S. 231 f. die Rede gewesen. Neuerdings ist in den Verhandlungen der Genossenschaft für Künste und Wissenschaften in Batavia eine Darstellung von Grijzen erschienen, welche die Bewohner von Mitteltimor in der ausführlichsten Weise kennzeichnet und ihre Lebensverhältnisse darlegt [1]). Daraus können wir auch eine Reihe rechtlicher Elemente entnehmen.

Dass die Bevölkerung vaterrechtlich ist, in der Art, dass das Kind der Familie des Vaters angehört, ist schon anderwärts bekannt; dies gilt wenigstens als Regel. In einigen Gegenden finden sich allerdings noch mutterrechtliche Spuren; auch besteht noch der Satz, dass, wenn ein freier Mann eine Sklavin heirathet, die Kinder Sklaven oder, wenn ein Sklave eine freie Frau heirathet, die Kinder Freie sind, dies deshalb, weil hier eine vollkommene Ehe nicht angenommen wird. Heirathet ein Mitglied des königlichen Adels (Dasi) eine Frau minderen Ranges, so treten Verhältnisse ein wie auf der Südsee: es entsteht ein Zwischenadel (Datu), ähnlich den Leodakedaks auf den Marschallinseln (p. 123 f.).

---

[1]) Grijzen, Mededeelingen omtremt Beloe of Midden-Timor, Verhandelingen van het Bataviaasch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen. Deel LIV, 3 Stuk.

Auch das ist bereits bekannt, dass, wie bei den Malayen überhaupt, die Familie eine starke Gemeinschaft bildet, allerdings in der Art, dass die Familieneinheit nicht selten in eine örtliche Einheit übergeht, so dass die Dorfgenossen oder die Genossen mehrerer Dörfer ohne Rücksicht auf die Abkunft wie eine Familie betrachtet werden. Eine solche Einheit heisst Fukun, und an ihrer Spitze steht das Geschlechterhaupt, der Tumukun. Er hat, wie bei der Geschlechterverfassung überhaupt, eine bedeutende Stellung, auch eine gewisse Gerichtsbarkeit; denn er ist zwar nicht vollständig souverän, hat aber doch grosse Selbstverwaltungsrechte. Mehrere Fukun bilden wieder Einheiten, die unter einem Radja stehen, während die einfachen Dorfhäupter, die Matas, die unterste Stufe der Verwaltungsorganisation bilden (p. 128 f.).

Das Land ist grösstentheils Familienland, d. h. es gehört den Fukun, namentlich soweit es noch nicht bebaut ist. Ein jeder kann sich innerhalb dieses Wüstlandes eine Strecke anweisen lassen und bekommt dann ein Besitzrecht, das ihm für immer angehört, aber selten veräussert wird. Ein solches ständiges Besitzrecht entsteht namentlich, wenn Fruchtbäume gepflanzt werden, die natürlich eine folgerichtige Cultur erheischen. Besonderes gilt von Bäumen, auf denen sich Bienenstöcke befinden: das Recht daran wird erworben unter Zustimmung der umliegenden Baumeignern und ist vererbliches Sondergut (p. 140 f.).

§ 2.

Von der ehemaligen Gruppenehe, die bei den Malayen noch tiefe Spuren hinterlassen hat, finden wir auch hier noch folgende sprechende Reste. Jede Familie steht mit derjenigen, aus welcher der Vater, Grossvater oder Urgrossvater ihre Frauen genommen, in einem besonderen Verhältnisse, das man Umahmaneh nennt. Diese Art von Schwägerschaftsverhältniss hat aber folgende Bedeutung: es ist hergebracht, dass nun auch die ferneren Nachkommen der Familie ihre Frauen aus der

Schwägerschaftsfamilie nehmen, und womöglich werden schon in der Jugend die Kinder gegenseitig verlobt. Kommt dann später die Ehe nicht zu Stande, indem die Kinder nach einer anderen Seite heirathen, dann ist eine Vergütung zu bezahlen; ja, eine Vergütung, wenn auch in geringerem Maasse, ist selbst dann zu entrichten, wenn eine derartige Verlobung nicht stattgefunden hatte (p. 41, 55 f.). Der geschichtliche Gedanke ist hier, wie bei anderen Völkern, der: ursprünglich heirathen sich beide Familien gruppenweise, nachträglich je ein Mitglied der einen Familie ein Mitglied der anderen; das ist zunächst bindend, und später befreit man sich von dem Zwang durch eine Busse.

Die jetzige Ehe ist Frauenkauf, und wie so häufig, hat der Mann eine ganze Reihe von Geldleistungen an die Familie der Frau zu machen. Nach der Art der ursprünglichen Völker werden bald die Glieder des Menschen, bald seine einzelnen Beziehungen in Geld angeschlagen, und wer die Braut will, muss nach allen diesen Seiten hin zahlen und zahlen. So ist hier eine Vergütung zu geben als Ersatz dafür, dass die Tochter nicht mehr in der Elternwohnung ist, eine Vergütung für das, was seinerzeit bei der Geburt der Tochter ausgelegt wurde, dann sind an die einzelnen Familienmitglieder Beträge zu leisten u. s. w., ausserdem ein Preis für das rechte Auge, das linke Auge, die rechte Brust, die linke Brust u. s. w. (p. 60). Solange der Frauenpreis nicht bezahlt ist, hat der Mann bei den Eltern der Frau zu bleiben; es müsste denn sein, dass sie ihm Credit schenken, was dann vorkommt, wenn er einer bekannten oder nahestehenden Familie angehört (p. 62 f.).

Die Kaufehe kennzeichnet sich auch darin, dass die Wittwe nach dem Tode ihres Mannes an dessen Bruder fällt (Leviratsehe) und zwar ohne weiteren Frauenpreis: denn die Frau ist dem Mann und dem Erben des Mannes verfallen (p. 64).

§ 3.

Auch die Blutsbrüderschaft wird bezeugt. Der Brauch ist der gewöhnliche: es wird etwas Blut gemischt und ein

Messer darauf gelegt, was bedeutet, dass, wer den Bund bricht, durch das Messer getödtet werden soll (p. 40, 55).

§ 4.

Die Namengebung ist sowohl atavistisch als ominös. Das Kind wird an die Brust gelegt, und man spricht hintereinander die Namen mehrerer Ahnen aus. Sobald das Kind die Brust fasst, gilt dies als Zeichen, dass der Name der richtige ist (p. 49).

Das Haaropfer geschieht etwa zwei Monate nach der Geburt, die Beschneidung zwischen dem 12. und 20. Jahr (p. 50, 51).

§ 5.

Die Timoresen halten das Versprechen heilig, das durch Austausch von gekautem Sirih und Pinang bekräftigt wird. Darin liegt ein Zauber, der sich an dem Zuwiderhandelnden schwer (bis zum Tode) rächt (p. 53 f.).

Die ganz universelle Bestimmung, dass der Leichnam den Gläubigern haftet und dass, wer ihn begräbt und dadurch den Gläubigern entzieht, für die Schuld aufkommen muss, gilt auch hier; weshalb in solchem Falle die Erben den Todten nicht begraben, sondern mit Erlaubniss des Radja einfach verscharren; erst, wenn längere Zeit vorüber ist, sodass man annimmt, die Schulden seien in Vergessenheit gerathen, wir würden sagen, wenn sie verjährt sind, wird ein Stein von dieser Bestattung in die Familiengruft gebracht, wobei man die Seele des Verstorbenen durch einen Flintenschuss mahnt, mitzukommen und in das Familiengrab überzusiedeln (p. 72).

§ 6.

Das Selbsthülferecht und die Selbsthülfe, insbesondere zur Rache für erlittene Unbilden, ist sehr abgeschwächt, und es ist bereits ein ziemlich entwickeltes Gerichtswesen zu beobachten. Die Entscheidung erfolgt durch die Matas, Tumukuns oder

Radjas. Ja, es hat sich bereits eine Art von Instanzenweg entwickelt, indem man sich von einem unteren Gericht an ein oberes berufen kann. Doch ist die Sache ziemlich kostspielig, weil den Gerichten bedeutende Geschenke gegeben werden müssen (p. 130 f.).

Allerdings besteht von der Blutrache noch der Brauch, dass der Leichnam eines Ermordeten so lange nicht bestattet werden darf, bis er Sühne bekommen hat. Es ist der nämliche Brauch wie in germanischen Rechten, wo man den Ermordeten nicht vor der Rache oder vor der Gerichtsverhandlung begraben wollte. Der Gedanke ist der, der Todte müsse selber noch Theil nehmen an der Anklage, er muss selber noch die Rache sehen; nur dann kann gegen den Thäter vorgegangen werden, nur dann hat die Blutrache den Character der Blutrache oder der gerechten Sühne, nur dann wird der Todte im Jenseits seine Ruhe finden (p. 73).

Wie gewöhnlich wird besonders gegen Hexen von Gerichtshalber vorgegangen: dieses Vorgehen ist, wie überall, scharf und der furchtbaren (vermeintlichen) Gefahr angemessen. Entweder werden sie hinausgestossen oder todtgeschlagen; früher verbrannte man sie auch. Nicht selten tödtet man die ganze Familie, weil man glaubt, dass die Hexerei erblich sei und auf die Familienangehörigen übergehe (p. 91 f.).

Wie bei den übrigen Malayen, bestehen auch hier die Gottesbeweise in hohem Maasse, indem die in der Natur ruhenden Geister angerufen werden, um Recht oder Unrecht kundzugeben. Es ist ja bereits bekannt, dass bei den Malayen die verschiedensten Gottesurtheile gepflegt werden[2]). Finden wir doch bei ihnen, wie ausser den Germanen nur noch bei wenigen Völkern, den Zweikampf als Gottesgericht. Bei den Timoresen insbesondere wird uns die Wasserprobe geschildert, und zwar als zweiseitige Probe, indem beide Parteien unterzutauchen

[2]) Vgl. auch Zeitschr. XVII S. 248 f. So findet sich bei den Toradja das Heissharzordal bezüglich der Werwölfe; Kruijt, in der Tijdskrift voor Taal-, Land- en Volkenk. in Batavia Bd. 41 S. 557.

haben, wobei derjenige obsiegt, der es am längsten aushält. Wie bei vielen Stämmen, kann diese Probe auch durch Stellvertreter vollzogen werden, und dies hat sich zu folgendem merkwürdigen Brauch weiter entwickelt: wenn es zweifelhaft ist, ob sich der Dieb im Inland oder Ausland aufhält, so wird ein Vertreter für In- und Ausland aufgestellt, und wenn dann zweifelhaft ist, aus welchem Fukun, so werden die einzelnen Fukuns durch Vertreter repräsentirt, und auf solche Weise wird durch Wasserprobe jeweils kundgegeben, auf welcher Seite der Thäter zu finden ist, sodass man dem Thäter immer näher rückt, bis man schliesslich die verdächtige Person selber ermittelt und diese dann der Prüfung unterwirft.

Ebenso findet sich hier die Feuerprobe in der gewöhnlichen Art, dass jede der Parteien ein Stück glühendes Eisen zu tragen hat, wobei aber vorher die Hände mit verschiedenen Blättern umwunden werden. Das glühende Metall muss ein Stück weit getragen werden, und wer es vorher abwirft, zeigt, dass er im Unrecht ist.

Ein eigenartiges Ordal ist das Schwertordal, bei dem jemand verschiedene Blätter in das Gelenk zwischen zwei Fingern gelegt bekommt und dann mit dem so geschützten Gelenke die Schneide eines Schwertes herunterzufahren hat: wird er verwundet, so gilt er für überführt. Endlich, wie auch bei anderen malayischen Stämmen, wird auch hier das Huhn als Zeuge der Wahrheit benutzt: man tödtet es und es kommt darauf an, nach welcher Seite hin das im Sterben zappelnde Thier fällt. Eine Art von Zweikampf endlich liegt darin, dass beide Theile einander mit Gewehren schiessen: wer tödtlich getroffen wird, gilt als überwiesen (p. 136 f.).

Der innere Gedanke des Gottesurtheils zeigt sich hier ebenso wie in anderen Rechten namentlich im Brauch, dass vor der heiligen Handlung die Geister angerufen werden, um die Probe zu Ungunsten des Schuldigen zu lenken.

XVIII.

Ueber den Rechtsbrauch des Sich-zu-Boden-werfens.

Von

Georg Cohn.

§ 1.

Ein seltsamer Rechtsbrauch wird uns durch den „liber statutorum civitatis Ragusii compositus anno 1272“ überliefert, eine Stadtrechtscodification, die von dem Venetianer Marcus Justinianus, Grafen von Ragusa, herrührt. Ueber dies Stadtrecht hat bereits vor 12 Jahren V. Bogišić, der bekannte Verfasser des Montenegrinischen Gesetzbuchs, in der Nouvelle Revue historique de droit français et étranger (XVII S. 489—502 und 509 ff.) referirt, auch einzelne Abschnitte der Statuten dort zum Abdruck gebracht. Im Jahre 1904 ist nun das ganze interessante Rechtsdenkmal auf Kosten der südslavischen Academie der Wissenschaften und Künste in vortrefflicher Weise mit Erläuterungen, kritischem Apparat und Index publicirt worden und zwar gemeinschaftlich durch zwei um das slavische Recht hochverdiente Gelehrte, durch den oben erwähnten V. Bogišić und durch C. Jireček.

Dieses nun mit Nachträgen und Glossen vorliegende Stadtrecht enthält im 3. und 8. Buche eine Reihe von Capiteln (III, c. 1, § 5, c. 11—13, VIII, c. 11), in denen von einem Rechtsbrauch des Sich-zur-Erde-Werfens (se jactare resp. se prohicere in terram) die Rede ist.

A. Die Hauptstelle ist das bereits in der Nouvelle Revue a. a. O. von Bogišić abgedruckte 12. Capitel des 3. Buches. Es lautet wörtlich:

„**De illis qui se jactant in terram et nolunt respondere.**

1. Damus licenciam vocato ad placitum, si hoc elegerit, se jactandi in terram, qui non teneatur, cum se in terram jactaverit, respondere. D. autem comes, vel qui pro eo fuerit, cum sua curia precipiat vicario suo, ut recepto ab eo qui interpellat, yperpero uno, quod yperperum erit ipsius vicarii, eundem interpellantem inducat in possessionem bonorum illius qui se jactavit in terram, secundum modum infrascriptum, videlicet: quod si vocatus fuit qui se jactavit in terram, super aliqua re stabili vel inmobili, vicarius ipse ponet interpellantem in possessione ipsi rei stabilis.

2. Si vero vocatus fuerit super mobili, vicarius ponet interpellantem in possessione bonorum ejus qui se jactavit in terram, assignans ei tantum de bonis ipsius que valeant duplum illius quod petebatur.

3. Et si ille qui se jactavit in terram pecierit a d. comite et sua curia cartam, qualiter se jactavit in terram, et in quam possessionem interpellator positus sit, carta ipsa sine aliquo precio fiat sibi. Et quandocumque qui se jactavit in terram recuperare voluerit bona sua, restituat eidem interpellanti dictum yperperum, quo recepto, interpellator bona sua sine dampno et calumpnia eidem restituere teneatur.

4. Et si interpellator ipse positus fuerit in possessionem vinee debitoris, qui se jactavit in terram, in primo anno expensas aliquas in ipsa vinea fecerit, et ante tempus vindemiarum vineam ipsam debitori suo, patrono vinee, ut dictum est, restituerit, omnes expense ipse facte per creditorem, ab ipso debitore, secundum extimacionem proborum virorum, qui ad hoc de comuni voluntate elligentur, restituentur eidem: bona autem illa, sicut sunt, restitui debent.

5. Nec interpellator possit aliquid pro melioracione petere, si meliorata sunt; nec ille qui se jactavit in terram possit aliquid pro deterioracione petere, si pejorata sunt, nec fructus nec aliquid aliud.

6. Quibus bonis sibi restitutis, vocatus ipse teneatur interpellanti omnino respondere, si hoc interpellator voluerit; et debitor ipse non possit habere aliquod inducium, nisi octo dierum tantum, et non ultra, post quos dies nulla ex illis partibus reffutare vel fugere curiam possit. Si autem interpellator noluerit coram illa curia convenire debitorem illum, sed voluerit aliam curiam expectare, licitum sit ei hoc facere; et cum alia curia fuerit, possit interpellare ipsum cum omni consuetudine civitatis. Et debitor similiter respondeat cum omni consuetudine civitatis, et habeat omne inducium quod datur aliis Raguseis.

7. Istum autem ordinem servari volumus super assignandis bonis debitoris qui se jactavit in terram: quod primo assignentur denarii, seu ulcimonia, si ipsa debitor habeat; que si ad satisfacionem non sufficiant, assignentur ipsius animalia; que si non sufficiant vel non sint, naves, barcusii et alia navigia, sive in parte sive in totum sint ipsius debitoris, assignabuntur creditori ipsius, pro illis videlicit partibus que sunt sue. Que omnia si non fuerent vel non sufficerent pacamentum, servi ipsius debitoris assignabuntur sibi; qui similiter si non sufficient, creditori ipsi ancille debitoris assignabuntur. Que omnia si ad satisfacionem debiti non sufficient, tunc in possessionem rerum stabilium ipse creditor ponetur, secundum formam prescriptam. Sed si ex una re posset creditori ad plenum satisfieri, creditor non possit petere duas.

8. Addimus etiam quod interpellatus pro aliquo debito qui jactaverit se in terram, non habuerit mobile sive stabile quod possit assignari interpellanti, vel habuerit sed non sufficerint, teneatur vicarius assignare illi personam ejus qui se jactavit in terram et tunc locum habeant eciam omnia supradicta.“ —

Es ergiebt sich hieraus, dass der Verklagte im Grafengericht das Recht hatte, die Antwort zu verweigern und sich anstatt dessen auf den Boden zu werfen. In diesem Falle

befahl das Gericht dem vicarius die Besitzeinweisung des Klägers in den unbeweglichen Streitgegenstand (re stabili vel immobili) gegen Erlegung eines yperperus, d. h. einer Rechnungsmünze [1]). Bei Processen super mobili sollte die Besitzeinweisung in Vermögensstücke erfolgen, die das duplum [2]) der Forderung an Werth nicht übersteigen. Auf Verlangen des Verklagten muss das Gericht kostenfrei über Niederwurf und Object der Besitzeinweisung eine Urkunde ausstellen. Der Verklagte kann gegen Erstattung des yperperus die überwiesenen Güter zurückfordern und zwar sine damno et calumpnia, bei Restitution der Weinberge im ersten Jahr vor der Weinlese gegen Ersatz der Impensen, sonst aber ohne Abrechnung von Verbesserungen und Verschlechterungen und ohne Fruchtersatz. Nach der Restitution der Güter muss der Verklagte sich (vor jedem vom Kläger gewählten Gericht) auf die neue Klage binnen 8 Tagen einlassen. Der Besitzeinweisung unterliegt das Vermögen des Beklagten in folgender Reihenfolge: Geld, ulcimonia (vermuthlich Geschirr) [3]), Schiffe und Schiffsparten, Knechte, Mägde, res stabiles (Immobilien), eventualissime die Person des Verklagten. Ein Loskauf der Person scheint statthaft gewesen zu sein; darauf deuten wohl die Schlussworte: et tunc locum habeant eciam omnia supradicta.

B. Das Recht auf den Bodenwurf ist in zwei Specialfällen noch ausdrücklich anerkannt. Einerseits im Process zwischen Eltern und Kindern (III, c. 6); sie sollten sich nicht vor fremde Gerichte ziehen; im Grafengericht sollten sie aber aller Ragusanischer Privilegien [3a]) theilhaftig sein, sowohl der

---

[1]) Vgl. S. 459 der Ausgabe und das dort citirte Werk von Jireček, Die Bedeutung von Ragusa in der Handelsgeschichte des Mittelalters p. 64 ff.

[2]) Das Doppelte der Forderung wird auch bei der atför (Zufahrt) des norwegischen Rechtes aus dem Vermögen des Schuldners genommen. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II S. 453.

[3]) Vgl. Appendix S. 457 und 466.

[3a]) Ueber consuetudo im Sinne von jura, beneficia vgl. Prolegomena p. XXIV alin. e.

Processfristen, als auch des Bodenwurfrechts[4]). Andererseits auch noch III, c. § 5 für den Fall, dass die Parteien das Grafengericht zu Gunsten eines Schiedsgerichts abgelehnt, sich aber über die Person der Schiedsrichter nicht geeinigt hatten; in solchem Falle können die Verklagten in das Grafengericht zurückkehren und dort antworten oder sich zur Erde werfen[5]).

C. Dagegen ist den Parteien, sobald sie über die Person des oder der Schiedsrichter (judices qui de foris eliguntur) sich geeinigt, das Recht des Bodenwurfs versagt nach III, c. 3:

„De judicibus qui de foris eliguntur.

1. Statuimus quod si quando aliquis vocatus ad placitum curiam d. comitis reffutaverit, vel ante quam reffutet ellegerit judices de foris, et ipsos judices ambe partes concordant, sive sit unus judex sive plures, ambe partes concorditer ibunt ad eos; qui judices, si in se placitum ipsum receperint, statuant eis tempus et locum, ubi et quando ambe partes compareant coram se; et auditis ab eis et intellectis questionibus et placitis ipsis, judices ipsi bona fide et secundum bonam conscienciam, et eciam secundum consuetudinem Ragusii, dent sentenciam inter eos.

2. Et nulla ex illis partibus, postquam in eis consenserint ante sentenciam vel post sentenciam, possit ipsos judices reffutare. Et si forte aliqua ex partibus reffutaret judices illos, nichilominus ipsi possint suam sentenciam dicere.

---

[4]) III, c. 6 lautet wörtlich: „De patribus cum filiis suis litigantibus. Pater vel mater extrahere ad placitum extra Ragusium filios vel filias non potest, nec e converso filius vel filia patrem vel matrem; in curia autem d. comitis habent inter se omnem consuetudinem Ragusii, tam in induciis quam in jactando se in terram, quam in elligendo judices de foris, et in omnibus aliis.“

[5]) III, c. 1, § 5 . . . qui si concordare non poterint, teneatur illa pars vocata reddire ad curiam d. comitis, et coram eo et suis judicibus respondere, vel se in terram prohiciendi, et istud redire ad curiam pars vocata teneatur infra terminum, quod d. comes et sui judices ordinabunt.

3. Sed si forte aliquis ex ipsis judicibus, vel omnes, propter prohibicionem illorum qui eos reffutaverint, vel ex alia causa, nollent sententiam dicere, d. comes, vel qui pro eo fuerit, cum sua curia constringet eos per sacramentum, et sub certa pena injungens quod dicant sentenciam ipsam. Et sentencia quam ipsi dixerint sit firma et rata.

4. De qua sentencia, teneantur ipsi judices facere cartam publicam parti que vicerit, infra triginta dies a tempore dicte sentencie; que si facta non fuerit, post dictum terminum sentencia ipsa sit nullius valoris.“ —

Dieser Fall war zunächst wohl der einzige, in dem die Rechtswohlthat nicht stattfand.

Vermuthlich trat erst später die weitere Beschränkung ein, dass von der Rechtswohlthat des Bodenwurfs nur bei grösseren Klageobjecten (über fünf Yperperen) Gebrauch gemacht werden durfte. Diese Beschränkung findet sich in dem wohl als Novelle anzusehenden c. 11 des 8. Buchs[6]): „De hiis qui non possunt reffutare curiam“:

„Super placito usque ad quinque yperpera nullus possit curiam reffutare, nec prohicere se in terram.“

D. Das Stadtrecht von Ragusa gewährt die provisorische Besitzeinweisung aber nicht nur im Fall des Bodenwurfs, es lässt sie vielmehr auch im Falle der Contumaz und zwar unter besonderer Hervorhebung der Analogie mit dem Bodenwurf zu. Dies geschieht an zwei Stellen: einmal ganz generell in III, c. 11[7]): wenn dreimaliger Ladung ungeachtet Ver-

---

[6]) C. 1, § 5.

[7]) De contumacibus. 1. Ter vocatus ad curiam pro aliquo placito si contumax fuerit et non venerit, et questio fuerit super re stabili, volumus quod interpellator ponatur in possessione illius rei quam petit. Si autem questio esset super aliqua quantitate pecunie, petitor ponatur in possessione rerum contumacis, pro mensura debiti quod petit.

2. Et in utroque casu, vicarius qui eum in possessione ponit habeat yperperum unum.

3. Et veniens contumax possit recuperare possessionem suam, resti-

klagter ausbleibt, so sei der Kläger gegen den yperperus durch den vicarius in den Besitz des streitigen Grundstücks oder bei Geldforderungen nach Maassgabe der Schuld in das Vermögen des Schuldners einzuweisen; auch hier stehe dem Schuldner gegen Kostenersatz das Recht auf Wiedererwerb des Besitzes zu nach Analogie des Bodenwurfrechts („secundum capitulum de illis qui se jactant in terram").

Die zweite Stelle (III, c. 13)[8]) betrifft den Specialfall der Contumaz des auf der Seefahrt Befindlichen, sofern derselbe kurz vor Antritt der Reise wegen commendirter Gelder oder Waaren (super enticis[9]) et colloganciis[10]) et credenciis)[11]) citirt worden und einen Termin angesetzt erhalten hatte.

tuto yperpero et aliis expensis ipsi interpellanti, secundum capitulum de illis qui se jactant in terram.

[8]) Die ganze Stelle lautet III, c. 13. De vocato ad placitum qui est super viagium.

1. Si super enticis et colloganciis et credenciis aliquis vocetur ad curiam, et veniens dicat et probet se esse supra viagium, d. comes cum sua curia, habita provisione supra ipsum viagium, dabit eo de reddeundo ad faciendum racionem terminum competentem.

2. Et si infra ipsum terminum non venerit, nec fuerit qui pro eo respondeat, d. comes ponet creditorem in possessionem bonorum ipsius, secundum, formam datam super illis qui se jactant in terram.

3. Si autem qui recipit enticam, colloganciam aut credenciam cum ipsis, diu moram contraxerit extra Ragusium, et ille qui dedit sibi enticam, colloganciam aut credenciam super hoc pecierit a d. comite sibi fieri racionem, d. comes cum sua curia, habito respectu et provissione ad locum ubi debitor ipse dicitur comorari, statuat ei terminum, sicut sibi videbitur melius, infra quem si non venerit, predictus d. comes cum sua curia faciat racionem interpellanti, secundum formam predictam de illis qui jactant se in terram.

[9]) Vgl. S. 434 und Goldschmidt, Universalgesch. des Handelsrechts S. 256 n. 78, n. 88[b].

[10]) Die Herausgeber erklären es im Index S. 430 durch confoederatio, societas; letztere Erklärung gab auch im 16. Jahrhundert Gondola, vgl. S. 277. Vgl. Goldschmidt, a. a. O. S. 260 und Sacerdoti, La colleganza nella pratica degli affari e nella legislazione Veneta, Atti del R. Istit. Veneto 59 (1899).

[11]) Vgl. S. 432.

Erscheint binnen der gesetzten Frist weder er selbst, noch ein Vertreter, so soll der Graf die Gläubiger in den Besitz des Vermögens setzen, nach Analogie des Bodenwurfrechts (secundum formam datam super illis qui se jactant in terram).

E. Die Stadtrechtscodification von Ragusa ist etwa 300 Jahre nach ihrer Abfassung in rühmlichster Weise commentirt worden durch Franziskus de Gondola, geboren 1539, gestorben 1589. In seinem Index voluminis statutorum giebt er unter Buchstaben P als „Praxis judiciaria“ eine kurze Darstellung des Gerichtsverfahrens in 21 Titeln (S. 384—389); Titel 12 dieser Praxis führt die Ueberschrift „Reus jactatus in terram“, enthält aber nur eine dürftige Recapitulation der im Liber statutorum enthaltenen Bestimmungen und lautet:

Tit. 12. Reus jactatus in terram.

Reo in terram jactato, comes et curia praecipiebat vicario suo, ut recepto ab actore uno iperpero, qui ad ipsum vicarium pertinebat, ipsum actorem induceret in possessionem bonorum rei jactati, si super bonis stabilibus agebatur. Si vero super mobilibus, idem vicarius inducebat eundem actorem in possessionem bonorum dicti rei, pro duplici valore quantitatis ab actore petitae, et deficientibus bonis rei, persona ejus dabatur creditori, lib. 3, cap. 12, num. 2 et fin. Sed quando reus volebat talia bona in primo anno recuperare, illa statim habere poterat, restituto actori iperpero et expensis necessariis factis in re possessione detenta, si restitutio fiebat ante vindemias, ut latius in libro 3, cap. 12, num. 4. Et fructus dicti primi anni computabantur in sortem principalem, lib. 3, cap. 46, num. 11.

Aus diesem Index des Gondola folgt aber auch, dass der Bodenwurf am Ende des 16. Jahrhunderts vollständig ausser Gebrauch war, ja geradezu lächerlich und unverständlich erschien. Gondola hat nämlich dem tit. 12 folgende Worte vorausgeschickt: „Judicibus tandem firmatis, antiquitas horum

statutorum concesserat reo aut in terram jactari aut respondere. Ideo primo tractabimus de hoc ridiculo jactu, non satis cognito.“

§ 2.

Fragen wir uns nun, welche rechtliche Bedeutung dem Sich-zu-Boden-werfen und der sich anschliessenden Besitzeinweisung zukomme, so könnte man wohl zunächst dabei an eine Art von cessio bonorum denken. In der That scheint Bogišić dieser Ansicht zu sein, denn er fügt in der Nouvelle Revue a. a. O. S. 535 die Bemerkung bei: „Cette curieuse cessio bonorum a son pendant dans les derniers alinéas du ch. 46 de ce même livre.“

Für diese Auffassung als cessio bonorum liesse sich in der That auch Einiges aus der Geschichte des genannten Rechtsinstituts im Mittelalter anführen. Kohler hat bereits in seinem Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 44 ff. betont, mit welchen entehrenden Formen die italienischen und französischen Statutarrechte die Vermögensabtretung umgeben haben, und er hat S. 46 n. 1. darauf hingewiesen, dass der schimpfliche Gebrauch der von den mittelalterlichen Juristen mit Recht als cessio bonorum terribilis bezeichneten Institution in späteren Coutumes ermässigt worden ist, dass an die Stelle der schmählichen Entblössung an einem besonderen Stein vor den Augen des Volkes die blosse Ablegung des Gürtels in der Auvergne und in Bourbonnais, die Ablegung des Hutes (à tête nue) in Lille, Amiens und anderwärts getreten ist; nach der coutume der Bretagne war Beides verbunden: „tête nue, sans ceinture.“

Die Ablegung des Huts oder Gürtels erfolgte vor Gericht in solenner Form durch einen Wurf zur Erde; so verpflichtet die coutume d'Auvergne von 1510 ch. XX, a. 4 den Schuldner den Gürtel zur Erde fallen zu lassen: „sont tenus eux desceindre et jetter leur ceinture à terre,“ und die coutume von Corbie a. 7 bestimmt dasselbe bezüglich des Huts: „il

se poeult faire mener par les justiciers à vergue pardevant les eschevins; et là poeult dire: je n'ai de quoy paier mes créditeurs et pour ce que je abandonne tous mes biens ou quilz soient, en jectant son chapeau ou bonnet devant les juges" [12]).

Dass eine Schuldentlastung der Wittwe durch Gürtelwurf vor Richter und Zeugen in Deutschland und Frankreich vielfach begegnet, ist bekannt, und schon Grimm sprach in den Rechtsalterthümern S. 158 die Vermuthung aus, dass diese cessio bonorum cinguli projectione in terram auch in anderen Fällen und von Männern vorgenommen werden konnte.

Es wäre hiernach gar nicht allzu seltsam, dass in Ragusa der Schuldner bei der cessio bonorum anstatt des Niederwerfens von Gürtel oder Hut oder einer sonstigen erniedrigenden Ceremonie sich selbst mit seiner ganzen Person zur Erde hätte werfen müssen.

§ 3.

Und dennoch scheint es irrig, in der Selbstniederwerfung des Ragusischen Rechts eine cessio bonorum sehen zu wollen; denn der Schuldner wurde trotz des se jactare ja gar nicht seiner Schuld ledig, haftete vielmehr subsidiär mit seiner Person (III, c. 12, § 8 u. „teneatur vicarius assignare illi personam ejus qui se jactavit in terram") [13]). Andererseits verlor er bei Zulänglichkeit seines Vermögens ja auch nicht Alles, sondern nur den Streitgegenstand resp. das Doppelte seiner Geldschuld, bekam also den Ueberrest wieder heraus.

Man kann hiernach eher von einer Hingabe an Zahlungsstatt mit Wiedereinlösungsrecht sprechen, als von einer cessio bonorum. In diesem provisorischen

---

[12]) Kohler, a. a. O. S. 48 N. 1. Vgl. auch meine Symbolik im deutschen Familienrecht und die dort n. 122—124 citirten Schriften.

[13]) Vgl. auch Wach in Zeitschr. f. R.-Gesch. VII S. 447 „wo diese" (die Schuldknechtschaft) „existirt, ist die Güterabtretung sinnlos."

Charakter der Besitzeinweisung, in diesem Wiedereinlösungsrecht scheint mir einer der beiden Hauptvortheile zu liegen, welche das Niederwerfungsrecht vor einem anderen Verfahren voraus hat, das Bogišić treffend als sein „Pendant“ bezeichnet hat.

Dies „Pendant“ regelt die Besitzeinweisung nach kontradiktorischem Verfahren; es wird in Buch III, c. 46 in 24 Abschnitten eingehend geschildert, ohne dass von der Wiedereinlösungsbefugniss irgendwie die Rede wäre. Dieser Titel 46 führt die Ueberschrift: „De aptagi“ und lautet wörtlich wie folgt:

1. Et si aliquis Raguseus debitor fuerit alterius Rugusei, cum carta vel sine carta, et ille qui debet recipere debitum illud venerit ante d. comitem, vel qui pro eo fuerit, et suam curiam Ragusii, et pecierit racionem ab eo, dicens, quod faciat pactari sibi suum debitum, sive cum ira sive cum bona voluntate fuerit peticio ejus, d. comes debet vocare illum supra quem queritur illud debitum, et si ipse negaverit debitum illud, licitum sit ei respondere interpellanti suo cum consuetudine civitatis, in curia aut extra curiam in civitate, cum consuetudine terre, et debet habere omnem aliam consuetudinem civitatis ille qui respondet.

2. Et si ipse confiteretur debitum illud ante d. comitem et alios homines, qui possent esse testes in eo, et ille qui debet recipere debitum voluerit dare aptagi d. comiti, seu per iram seu per bonam voluntatem, tunc d. comes debet providere ad suam iram vel ad bonam voluntatem, et eciam ad quantitatem debiti, si fuerit magnum vel parvum, et similiter debet providere ad possibilitatem debitoris; et providendo d. comes ad omnia ista et suam voluntatem, debet dare terminum illi qui pactare debet debitum illud, dicendo ei ut infra terminum illum sibi datum, aut solvat debitum aut concordet se cum creditore suo.

3. Et si infra terminum illum debitor non solveret debitum nec concordaret se cum creditore suo, tunc d. comes debet facere racionem illi qui recipere debet debitum illud, recipiendo

aptagi in voluntatem illius qui debet recipere debitum ad dandum aptagi et debet ei facere racionem.

4. Et est sciendum quod aptagi debet habere d. comes de decem unum tantum de capitali, de prode autem nichil debet habere; et illi qui debet pactare debitum debet etiam pactare aptagi.

5. Et si ille qui debet recipere debitum, voluerit et pecierit racionem de toto prode, secundum tenorem sue carte, tunc d. comes debet ei facere racionem de prode sine aptagi, et etiam judices non debent habere judicium de illo prode.

6. Et si debitum illud fuerit tantum quod d. comes possit ponere creditorem in mobile debitoris, debet eum ponere in pactamentum de servis vel ancillis, et de bestialiis et de navibus, et habet potestatem vendendi mobile illud et paccandi se.

7. Et si debitum illud esset tantum quod de mobili debitor non posset paccare creditorem suum, d. comes debet ponere creditorem in tantam quantitatem de vineis debitoris, que valeat duplum de prode et capitali, ad voluntatem creditoris, de quibus vineis placuerit ei.

8. Et etiam si debitum fuerit tantum quod creditor non possit paccare se de vineis, et debitor habuerit domum vel domos, d. comes debet ponere creditorem in illas domos, secundum formam de vineis, et habeat potestatem creditor laborandi vineas illas, vel illas domos aut domum si voluerit, in sua voluntate est.

9. Et totum prode quod creditor habuerit de vineis aut domibus illis, est suum, non computando eum in suo paccamento.

10. Et ab illo die in antea quo ipse dederit aptagi, suum debitum non crescat ad prode vel usuram,

11. salvo quod si vinea illa vel vinee laborate fuerint de omni laborerio, et ille positus fuerit in illas vineas laboratas, per d. comitem, in tempore colligendi fructus et redditus de

vineis illis, creditor debet computare redditus illius primi anni tantum in suo paccamento.

12. Et si debitum fuerit de uno yperpero vel inde inferius, aptagi est vicarii. Et si fuerit de uno yperpero in supra, aptagi est d. comitis, et vicarius habet decimum illius aptagi.

13. Et si aliquis Raguseus fuerit debitor alicui foresterio, et foresterius ille poterit probare suum debitum verum ante d. comitem et suam curiam, d. comes debet tollere aptagi a foresterio, secundum suprascriptam formam supra Raguseum; et si necesse fuerit placitum, utraque pars debet esse ante d. comitem et suos judices, secundum formam et consuetudinem que est inter Raguseum et foristerium.

14. Et sciendum est quod si aliquis foresterius positus fuerit pro aliquo debito cum aptagi in domum vel vineam, aut navem, barcam, barcusum aut aliud aliquod lignum, potestatem habet foresterius ille inpegnandi vel alienandi cuicumque sibi placuerit illud in quo positus fuerit, in tantum, quantum fuerit debitum suum cum aptagi.

15. Et si aliquis foresterius fuerit debitor alicui Raguseo, d. comes debet facere racionem Raguseo, et non debet habere aptagi a nulla parte, secundum antiquam consuetudinem.

16. Et omnes peticiones que fuerint de debitis, per cartam vel sine carta, tantum de re mobili, d. comes debet habere aptagi de decem yperperis unum tantum de capitali, de usura autem nichil debet habere; et ille qui debet recipere debitum debet dare d. comiti pignus de aptagi, et tale pignus quod placeat d. comiti, secundum capitale debiti; et debitor debet emendare illud aptagi suo creditori.

17. Et si aliquis homo dederit aptagi supra aliquem hominem pro aliquo debito, et illud debitum non fuerit inventum verum, vel non dederit aptagi secundum ordinem et consuetudinem civitatis Ragusii, quando debitor paratus fuerit paccare debitum illud sine aptagi, et ille qui debet recipere debitum dederit aptagi stulte et contra ordinem, ipsemet est emendator

et paccator de aptagi; et d. comes non perdit racionem suam, et debitor non teneatur in aliquo pro illo aptagi.

18. Et si aliquis Raguseus debitor fuerit alicui Raguseo, et ille qui debet recipere debitum voluerit habere reditum suum cum aptagi, et debitor quesierit misericordiam a creditore suo ut ipse intret in tenutam de suis bonis sine aptagi, si creditor audierit preces ejus, licitum sit ei ad suam voluntatem intrare in tenutam sine aptagi; et tunc d. comes non debet habere aptagi. Et si creditor penitus voluerit habere debitum suum cum aptagi, licitum sit ei habere eum cum aptagi, et tunc debet habere d. comes aptagi.

19. Et est sciendum quod d. comes non debet habere aptagi de aliqua re, nisi ille qui debet recipere debitum dederit ei pignus de quantitate illius debiti, videlicet de capitale tantum, si ipse fecerit ei racionem; et si non, ipse non debet habere aptagi.

20. Et si debitum fuerit de colligancia, et creditor pecierit racionem a d. comite et sua curia, d. comes cum sua curia debet ei facere racionem et debet habere aptagi, secundum quod superius dictum est in omnibus.

21. Et si debitor ille non habuerit mobile vel stabile ad satisfaciendum et paccandum illud debitum suo creditori, et destruxerit illud, quod habuerit, videlicet denarios debiti, malo modo et in sua culpa, d. comes debet dare personam debitoris creditori debiti, dando aptagi d. comiti ipse creditor. Et si debitor ille judicio Dei et non in sua culpa, quod sit clare factum, perdiderit illud quod habuit a creditore suo, tunc d. comes non debet dare personam debitoris creditori.

22. Et si debitum non fuerit de colligancia, et debitor non habuerit mobile vel stabile ad satisfaciendum et paccandum illud debitum, et creditor debiti pecierit personam debitoris, d. comes, sine aliqua condicione, debet ei dare personam debitoris recipiendo aptagi.

23. Et si aliquis homo quesierit racionem ante d. comitem et suam curiam de aliquo debito supra aliquem Raguseum, et

creditor debiti poterit probare suum debitum verum, et debitum illud judicatum fuerit ad paccandum per sentenciam d. comitis et suorum judicum, in illa presente peticione, d. comes debet habere aptagi, si ille qui quesierit racionem voluerit eum dare.

24. Et si aliquis homo quesierit supra aliquem Raguseum res stabiles, videlicet domum veldomos, vineam vel vineas, terram vel terras et de omni stabili, et debitor ante d. comitem et alios homines confitebitur illud debitum, vel vincetur ad paccandum per racionem, in illa presenti peticione, ille qui debet recipere illud stabile debet dare yperperum unum vicario et non plus; et yperperum est vicarii, et d. comes precipere debet vicario ut ipse ponat illum qui querit illud stabile in quamcumque possessione stabilis quam ipse pecierit."

Das Wort „aptagi", über dessen eigentliche Bedeutung selbst Gondola nicht ganz klar geworden zu sein zugesteht (S. 389) — „ita ut numquam potuerim satis percipere certitudinem, quid fuerint aptagi" — bezeichnet dreierlei [14]): 1. einerseits eine Process- und Executionsform [15]), 2. andererseits eine in der illyrischen Kanzlei errichtete Obligationsurkunde mit parata executio [16]), und endlich — gerade auch in unserer Stelle — eine vom Kläger an den Grafen, nur ausnahmsweise an den Vicar (§ 12) zu entrichtende procentuale Gebühr und zwar in unserem Falle von 10 % (§ 4 Et est sciendum quod aptagi debet habere d. comes de decem unum tantum de capitali [17]) etc.). Diese Gebühr bildete bis 1328 eine Haupteinnahme des Grafen und scheint die Vorbedingung der Zwangs-

---

[14]) Vgl. Bogišic in Nouv. Rev. hist. XVII, S. 540 ff.

[15]) A. a. O. weist Bogišic auf Aehnlichkeit und Unterschiede zwischen aptagi und legis actio sacramento hin.

[16]) Bogišic macht a. a. O. darauf aufmerksam, dass im Verkehr der Balkanslaven diese mit force exécutoire bekleidete Obligation den Namen „aptai" führt.

[17]) Gondola giebt im Summar. zu Cap. 46 (S. 276 § 4) 1 % (unum pro centum) an, nicht 10 %; vgl. aber Gondola, a. a. O. § 16; auch S. 389 u. 417, sowie Index der Herausgeber S. 423.

vollstreckung aus Judicat oder gerichtlichem Anerkenntniss gebildet zu haben.

Die Zwangsvollstreckung führte, wenn um Grundeigen geklagt war, zur Besitzeinweisung in das betreffende Grundstück (§ 24); wenn um Schuld geklagt war, zur Einweisung in folgender Reihenfolge: Fahrniss, Unfreie, Vieh, Schiffe, Weinberge, Häuser und subsidär — aber nicht einmal in allen Fällen (§ 21) — zur Ueberweisung der Person (§§ 6, 7, 8, 22).

Die Folgen sind also — von dem Einlösungsrecht abgesehen — bei Niederwerfen wesentlich dieselben, wie bei der Zwangsvollstreckung nach Urtheil, ja sie sind, was Fristgewinnung betrifft, bei letzterem für den Verklagten noch günstiger (§ 2). Auch unterbleibt die Execution gegen die Person bei Collegantiaverhältniss[18]) im Fall der Schuldlosigkeit des Schuldners (§ 21: „si debitor ille judicio dei et non in sua culpa, quod sit clare factum, perdiderit illud quod habuit a creditore suo“), eine Ausnahme, die bei der Niederwerfung nicht erwähnt wird.

Immerhin hat die Niederwerfung ausser dem nur provisorischen Character der Besitzeinweisung noch einen zweiten Vorzug vor der sonstigen Zwangsvollstreckung: es ist die geringere Kostspieligkeit; denn während bei der Niederwerfung die fixe Abgabe des yperperus und nur sie die Schuld bei der Wiedereinlösung erhöht, tritt hier der Regel nach die hohe procentuale Taxe für den Grafen und überdies die sonstige Gerichtsgebühr zu der Schuld hinzu. Allerdings schuldet die aptagi zunächst der Gläubiger, aber im Schlussresultat trifft die Abgabe doch den Schuldner. Daher wird es auch in § 18 als „misericordia“ des Gläubigers bezeichnet, wenn der Kläger „sine aptagi“ von den Gütern des Schuldners Besitz nimmt. Ob übrigens mit der Einweisung gegen aptagi nicht vielleicht doch ein für den Schuldner beschimpfender Akt verbunden war, ist aus unserer Quelle nicht zu ersehen.

---

[18]) Vgl. oben S. 348 N. 9.

§ 4.

Von besonderem Interesse erscheint es, dass die Contumaz die ganz gleiche Rechtsfolge hat, als die Niederwerfung (vgl. oben S. 347). Vielleicht rechtfertigt diese gleiche Rechtswirkung den Schluss, dass das Sich-zu-Boden-werfen die wirkliche Abwesenheit fingiren sollte. Wer sich zu Boden geworfen hatte, stand eben nicht vor Gericht; er war für das Gericht nicht besser, aber auch nicht schlechter, als ein Ungehorsamer, der ganz ausgeblieben war. Nur dem soeben selbst gewählten oder selbst acceptirten Schiedsrichter gegenüber musste diese Fiction der Abwesenheit versagen (vgl. oben S. 346).

Trifft unser Schluss zu, so ergiebt sich, dass die provisorische Besitzeinweisung in die Güter des Contumax das ältere Institut ist, und dass das Sich-zu-Boden-werfen ein jüngerer Rechtsbehelf war, um dem geständigen Erschienenen die Vortheile des Contumax bezüglich der Einlösbarkeit des dem Gläubiger überwiesenen Guts durch eine symbolische Contumaz zu verschaffen.

Dieser zeitlichen Stellung beider Institute zu einander widerspricht es freilich, dass das Ragusische Stadtrecht bei der Contumaz auf die Analogie des Niederwurfs hinweist, nicht aber umgekehrt. Es kann jedoch diese systematische Anordnung im Stadtbuch von 1272 schwerlich entscheidend sein für die Frage nach dem chronologischen Verhältniss, in dem die beiden vermutlich weit älteren Institute zu einander stehen.

Scheint doch auch im germanischen Recht die gerichtliche Execution, die Vermögensfriedlosigkeit, insbesondere die lösliche Frohnung des unbeweglichen Vermögens ihren Ausgangspunkt vom Ungehorsamsverfahren zu nehmen und dort schon zu einer Zeit gegolten zu haben, als der Kläger aus der gerichtlich anerkannten oder zugesprochenen Forderung wohl noch auf die aussergerichtliche oder gerichtliche Pfändung der

Fahrniss sich angewiesen sah [19]). Endlich darf wohl auch noch auf das Konkursverfahren hingewiesen werden, das sich in Deutschland zunächst für den Fall der Vorflucht entwickelte, und „dessen Grundsätze erst später auch für den Fall zur Anwendung gebracht wurden, dass der Schuldner daheim bleibt“ [20]).

---

[19]) Vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 78 n. 29, 81, 88, bei n. 27, 342; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 279, II, 452 ff., 458 ff.

[20]) Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprocesses, S. 15 u. 22; vgl. Schröder a. a. O. S. 773.

XIX.

Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich.

Von

Dr. jur. et rer. pol. **S. Schultzenstein** aus Berlin*).

I.

Geschichte und Verbreitung.

A. Vor dem Edicte von 1556.

Wie die Abtreibung der Leibesfrucht im römischen Rechte, welches die Römer bei der Eroberung Galliens dessen Bewohnern aufzwangen, und in den leges barbarorum, nach welchen die Franken in Gallien seit ihrem Einfalle lebten, bestraft wurde, ist hier nicht zu untersuchen. Es kann sich im Folgenden nur darum handeln, die Gestaltung dieses Delictes in den später an die Stelle der leges barbarorum getretenen coutumes, die etwa in der einen Hälfte Frankreichs teilweise bis zur Revolution in Geltung waren und officiell gegen Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts, privat aber in nicht geringer Anzahl schon erheblich früher abgefasst worden sind [1]), zu erforschen.

Diese Untersuchung, bei der es sowohl an irgend welchen französischen wie auch an deutschen Vorarbeiten fehlte [2]), war nicht besonders fruchtbar.

---

*) [Der Verfasser hat hierüber in meinem strafrechtlichen Seminar gearbeitet. Kohler].

[1]) Näheres über die Geltung der coutumes findet man bei Giraud, Précis de l'ancien droit coutumier français, 2e ed. p. 2 ff., bei Klöpper, Französisches Reallexikon Bd. II S. 145 und in der Grande Encyclopédie t. XIII p. 212.

[2]) Auch bezüglich der übrigen Geschichte des Abtreibungsver-

Der grösste Theil der durchgesehenen zahlreichen coutumes enthielt überhaupt kein Strafrecht oder doch aus dem ganzen Gebiete des Strafrechts nur eine einzige Bestimmung und auch diese mehr wegen ihrer privatrechtlichen Bedeutung: den Grundsatz der Confiscation [3]). Eine weitere Anzahl behandelte allein das Strafverfahren. Andere endlich beschränkten sich auf das Gebiet der Vergehen und Bussen.

Bei einer derartigen Sachlage musste die Ausbeute bezüglich der Abtreibung verhältnissmässig gering sein. Es fanden sich nur folgende Bestimmungen [4]):

a) Li Livres de Jostice et de Plet, eine Sammlung coutumiären Rechts aus der Mitte des 13. Jahrhunderts von einem unbekannten Verfasser [5]), livre XVIII, 24, § 20:

„D'arsure l'en prant mort, et d'encis."

Mit encis [eincis, encie, occis, octis, ancis, aucis, anchis] wird dabei anfangs in den coutumes nur die Tötung einer Schwangeren, später auch die ihrer Leibesfrucht ohne Tod der Schwangeren bezeichnet [6]).

---

brechens mangelte jede zusammenhängende und nicht nur oberflächlich bloss die nöthigen Daten gebende Darstellung.

[3]) Eine Thatsache, die sehr erklärlich ist, wenn man bedenkt, dass zu jener Zeit die Strafrechtsgewalt von den Grundherren fast einzig und allein als Einnahmequelle angesehen und rein privatrechtlich aufgefasst wurde, vgl. dazu v. Stein, Geschichte des französischen Strafrechts und Processes, 2. Aufl. S. 509 ff.

[4]) [Erwähnt wird die Tödtung einer Leibesfrucht durch Verletzung der Mutter (encis) in der alten Coutume de Touraine-Anjou cap. 18, woraus die betreffende Bestimmung der Etablissements de Louis Saint entnommen ist, Etabl. I, 27, sowie in den daraus abgeleiteten Rechten, im Abrégés Champenois 123 und in den sogen. Ordonn. von Johann II a. 8. Vgl. hierüber Viollet, Etablissements III, p. 286 f., wo über die 3 casus der hohen Gerichtsbarkeit, multrum, raptus, encimum noch geschichtliche Belege angeführt sind. — Kohler].

[5]) Ausgabe Rapetti [1850], p. XIV, XVI.

[6]) Lauriere, Glossaire du droit françois [1704] t. I, p. 388: „Encis [ancis, aucis] est le meurtre de la femme enceinte ou de son enfant au ventre". [Vgl. Coutume de Touraine — Anjou 18 und die sogen. Etablissem.

b) Coutumier d'Artois, aus den Jahren zwischen 1283 bis 1302[7]), titre XI, cap. 14:

„Li bers [baron] si a, en sa terre, le murdre, le rat, et avortis. — — — Avortis, si est quant on fiert fenme enchainte, et ele et ses enfes en muert."

Und daselbst cap. 15:

„Et quisconques sera atains et provés d'aucuns de ces criesmes, il en doit iestre pugnis par painne capital, c'est qu'il doit recevoir mort, comme d'iestre trainés et pendu."

c) Coustumes d'Anjou et dou Maigne, aus dem 13. Jahrhundert[8]), cap. 20:

„Li bers a en sa terre le murtre et le larrecin; et si aucuns estoit qui ne l'eust pas eu anciennement. Rat, si est fame [femme] que l'en force. Eincis, si est fame quant el est enceinte et l'en la fiert, et elle morut et li enffant."

d) Coustumes glosées d'Anjou et du Maine aus dem Jahre 1385[9]), cap. 20:

„Le baron a en sa terre le murtre, le rapt et l'encis; tout ne l'eussent pas aucuns anciennement. — — — Encis si est quant l'en fiert fame enceinte, et elle et l'enfant en muerent."

---

de Louis Saint I, 27: Ancis si est fame enceinte quant l'en la fiert et de muert de l'enfant. — Kohler.] Siehe auch Preuves de l'Histoire de Bret., I, coll. 1167, an 1301: „L'ancis si est femme enceincte quant l'en a fiert ou l'enfant li est." Manchmal freilich wird auch encis derjenige genannt, der eine Schwangere oder ihr Kind im Mutterleibe getödtet hat. [Später hat man das Wort encis = incisio vielfach nicht verstanden und in occis = occisio verkehrt. — Kohler.]

7) Ausgabe Tardif [1883] p. XV und p. 45.

8) Beautemps-Beaupré, Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine, antérieures au XVIe siècle, t. II, p. 503. Bemerkt sei, dass die zahlreichen coutumes von Anjou und Maine die einzigen sind, welche eine systematische Darstellung des Strafrechts enthalten, siehe v. Stein a. a. O. S. 513.

9) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. I, p. 206, 207.

Und dazu La Glose:

„Encis est fame enceinte férue ou oppressée par force, tant que l'enfant qui est en elle soit escachié ou occis, ou la fame meismes [10]), ou touz deux ensemble. Encis est à dire avorter.“

e) Coustumes et stilles observez et gardez ès pays d'Anjou et du Maine aus dem Jahre 1411 [11]), 4e partie, cap. 76:

„Le conte et le baron, comme dessus est touché, ont la congnoissance, correction et pugnicion des troys grans cas, comme de ravissement, meurte et occis. — — — Octis [Encie, Encis] est celuy qui tue une femme ensaincte ou son enffent ou [au] ventre.“

Und ebenda cap. 77 [12]):

„Les delinquans de telx meffais, si c'est homme, il doibt estre trainé et pendu, et sont ses meubles confisquez; si c'est femme, elle doit estre arse [13]), et y a semblablement confiscation de meubles, qui appartiennent aux seigneurs justiciers qui ont ce droit.“

f) Coustumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriches de code dont les aucunes sont concordés de droit escript aus dem Jahre 1437 [14]), cap. 344:

„Le conte, le baron et le chastellain [Lehnsherr] ont la cognoissance des troys grans cas, c'est assavoir de rapt, de meurtre et de encis. — — —

Und ebenda cap. 1366 [15]):

„Les delinquans des troys grans cas, c'est assavoir rapt, meurtre et encis, — — — si c'est homme il doit estre trainé

---

10) Meismes = de plus, aussi, encore, siehe Godefroy, Dictionnaire de l'ancienne langue française, t. V, p. 219.

11) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. I, p. 429.

12) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. I, p. 430.

13) Arser = brûler, siehe La Curne de Sainte-Palaye, Dictionnaire historique de l'ancien langage t. II, p. 197.

14) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. II, p. 140.

15) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. II, p. 503.

et pendu, et la femme arse ou enfouyee: et il y a semblable confiscation de meubles qui appartiennent aux seigneurs qui ont ce droit."

Endlich ebenda cap. 1368[16]):

„Femme qui tue ou estaint son enffant à son essient[17]), ou fait chose soit par breuvaige ou autrement par quoy elle advortege de son enffant, et qu'il apparesse qu'elle le lui ait fait sur cette intencion, doit estre arse ou enfouyee."

g) Les coustumes des pais d'Anjou et du Maine contenants seize parties aus dem Jahre 1463[18]), cap, 94:

„Le conte et le baron . . . ont la congnoissance, punicion et correction des trois grans cas, comme de ravissement, meurtre et de encis. . . . Encis est celuy qui tue femme ensainte ou son enffant ou [en son] ventre."

Die in cap. 95 bestimmte Strafe ist dieselbe wie oben in den übrigen coutumes.

h) J'ean Bouteiller: Somme Rural ou le Grand Coustumier general de Pratique[19]), liv. I, tit. 28:

„La quatriesme maniere si est faire crime d'aucis, si comme de ferir ou attoucher femme qui seroit enceincte, par telle maniere, que le fruict de son ventre en vint à perdition: car de tel faict, en chet on en crime capital d'aucis."

An diesen Satz werden von Bouteiller mancherlei Bemerkungen geknüpft. Unter anderem giebt er von aucis folgende Begriffsbestimmung:

„Quand on fiert femme enceincte de coup de pied en despit, pour la faire accoucher, mais ledict crime se peut entendre plus generallement, la peine capitale ordonnee pour iceluy, a sçauoir, ou quand on frappe la femme enceincte pour

---

[16]) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. II, p. 503.

[17]) = le sachant et le voulant, s. Godefroy, a. a. O. t. III, p. 396.

[18]) Beautemps-Beaupré, a. a. O. t. III, p. 255, 257.

[19]) Ausgabe Charondas le Caron [Paris 1611], p. 171, 176, 867.

la faire accoucher, ou quand la femme mesme homicide son propre enfant, dont estant conuaincue elle est puni de mort.“

Und im liv. II, tit. XV heisst es:

„Item qui frappe femme enceincte si que le fruict de son ventre en soit pery, que les sages appellent crime de anchis, tels doiuent estre trainez et pendus tant que morts soyent et estranglez“ [20]).

i) Coustumes du pays et duché d'Anjou aus dem Jahre 1508 [21]), art. 44:

„Le Seigneur Châtelain est fondé d'avoir toute Justice haute, moyenne et basse, avec la connoissance des grands cas ci-aprés declarez, à sçavoir de ravissement de personnes, de homicide fait de guet-à-pens et de ancis, qui est de meurdrir femme enceinte ou son enfant ou [au] ventre.“

Zu den letzten beiden Worten au ventre bemerkt der Herausgeber Pocquet de Livonniere p. 117 folgendes:

„Observez que si l'enfant n'est pas encore formé dans le ventre de sa mère, le crime n'est pas puni de la mort naturelle. Et pour découvrir la vérité de ce fait des Medecins, des Chirurgiens, et autres Experts sont commis, au rapport desquels le Juge est obligé de se tenir, après l'avoir examiné fort exactement, mais il ne doit pas s'en rapporter à un seul, soit Medecin, soit Chirurgien, si on ne peut trouver plus grand nombre sur les lieux. Et jusqu'à ce quil prononce la Sentence, il peut, ou plûtot il est tenu d'entendre les témoins à la décharge de l'accusé“ [22]).

---

[20]) [In der Ausgabe 1621 = II, 40, p. 1488. — Kohler].

[21]) Ausgabe Pocquet de Livonniere [Paris, 1725], tom. I, p. 115, 116. Näheres über die Entstehungsgeschichte der coutumes von Anjou daselbst p. 2 ff.

[22]) Dieselbe Unterscheidung finden wir bei Ambroise Paré [1517—1590], Des rapports l. 28, cap. 2, wo es heisst: „J'ay bien voulu mettre ce rapport, afin d'instruire le jeune chirurgien à faire rapport à messieurs de la justice, en tel cas si l'enfant est formé de tous ses membres ou non, afin qu'ils donnent tel jugement qu'ils jugeront

Ferner heisst es ebenda:

„Si la mere s'est à elle-même procuré un avortement, le Châtelain en connoîtra."

Und ebenda:

„Ceux qui prêtent secours ou qui donnent conseil sont compris au nombre de ceux qui commettent les grands cas; mais néanmoins, ils ne sont pas punis de la même peine dont les criminels de ces grands cas sont punis."

Endlich wird im art. 142 wieder die übliche Strafbestimmung getroffen: ein Mann wird „traisné, pendu et étranglé", eine Frau „doit estre arse", wozu hier wie dort Güterconfiscation tritt.

k) Les coustumes du pais et comte du Maine aus dem Jahre 1515 [23]), art. 51:

„Le Seigneur Chastelain est fondé d'auoir toute Justice Haute, Moyenme et Basse, auec la cognoissance des grands cas cy apres declarez; C'est à sçauoir de rauissemens de personnes, d'homicide fait de guet à pensée, de encis, qui est de meurdrir femme enceinte, etc. . . .

Ueber die Bestrafung wird nichts gesagt. Doch gilt dasselbe wie im art. 142 der coutumes von Anjou [24]).

Hervorgehoben sei, dass Bodreau noch zu dem art. 51 bemerkt [25]):

„Cet article semblablement se doit entendre contre les femmes ou autres personnes qui usent de potions et médicamens, afin de rendre le part abortif, et sont dignes de mort."

Auch erklärt Bodreau, es sei völlig unerheblich:

„Si le part estant au ventre et dans le flanc de mere estoit animé ou non."

---

nécessaire, pour ce que la punition doit estre plus grande ayant fait auorter une femme l'enfant estant bien formé".

[23]) Ausgabe Bodreau [Paris, 1675], p. 93, 97. Ueber das Alter der coutume von Maine siehe Grande Encyclopédie t. XXII, p. 989.

[24]) Bodreau, a. a. O. p. 93.

[25]) Bodreau, a. a. O. p. 97.

Fasst man die obigen Bestimmungen zusammen, so ergiebt sich folgende deutlich eine allmähliche Entwickelung zeigende Sachlage:

Die Abtreibung ist Tötungsverbrechen und wird als homicide genau wie der Kindsmord behandelt. Mit Recht sagt daher Morin[26]: „En France l'avortement procuré a toujours été considéré comme un crime horrible." Die Strafe ist Todesstrafe und Confiscation.

Von der Schwangeren, die ihre Leibesfrucht selbst abtreibt, und ihrer Bestrafung ist — ähnlich wie in allen leges barbarorum mit Ausnahme der lex Visigothorum — bis zur coutume von 1437, die im cap. 1368 ausdrücklich eine die Schwangere treffende Bestimmung enthält, niemals die Rede. Auch ihre Einwilligung oder Nichteinwilligung wird nirgends ausdrücklich erwähnt.

Als Mittel der Abtreibung wird bis zur coutume von 1437 — wie in fast allen älteren Gesetzgebungen und beispielsweise auch in der mosaischen Gesetzgebung — stets nur Gewaltthätigkeit, und zwar zunächst nur coup de pied, genannt. Daraus geht klar hervor, dass Nichteinwilligung der Schwangeren Voraussetzung war. Ist doch anfangs sogar Tod der Schwangeren erforderlich, die Abtreibung mithin qualificirtes Tödtungsverbrechen gegen die Schwangere. Später — schon die Glosse zur coutume von 1385 hebt das hervor — genügt Untergang der Leibesfrucht ohne Untergang der Mutter. Von 1437 an kann die Abtreibung auch durch Anwendung anderer, nicht erschöpfend aufgezählter Mittel — „breuvaige ou autrement" — begangen werden.

Seit der coutume von 1508 findet sich der für die Strafe wichtige Unterschied zwischen der Abtreibung eines enfant formé und eines enfant pas encore formé. Es wird eine gewisse Ausbildung der Leibesfrucht verlangt, für deren Vorhandensein das Gutachten von Sachverständigen massgebend

---

[26]) Dictionnaire du droit criminel [Paris, 1842], p. 105.

ist. Dass damit ähnlich dem art. 133 der Carolina Vitalität vorausgesetzt wurde, ist nicht ersichtlich. Ebenso ist in keiner einzigen coutume die kanonischrechtliche Demarcationslinie zwischen foetus animatus und foetus inanimatus gezogen.

In der coutume vom Jahre 1508 werden auch die Theilnehmer erwähnt. Damit tritt zum ersten Mal der Fall einer Einwilligung der Schwangeren in die Erscheinung. Die Strafe der Gehülfen ist eine mildere.

Vorsatz wird — bis auf cap. 1368 der coutume von 1437 bezüglich der abtreibenden Schwangeren selbst — ausdrücklich nirgends verlangt. Mithin scheint fahrlässige Abtreibung, ähnlich wie in verschiedenen italienischen Statuten[27]), nicht von der Bestrafung ausgeschlossen gewesen zu sein, namentlich wenn man hinzunimmt, dass Gewaltthätigkeit an der Schwangeren den Hauptfall bildet.

Ueber die Verbreitung der Abtreibung zu jener Zeit lässt sich mangels jeder statistischen Angabe nichts Genaues sagen.

Immerhin muss sie recht erheblich gewesen sein, wie aus den Eingangsworten des weiter unten noch eingehend zu erörternden Edicts von 1556, das von der Abtreibung als einem „crime très-énorme et exécrable, fréquent en nostre royaume“ spricht, geschlossen werden kann.

Was endlich die Zuständigkeit anbetrifft, so gehörte die Abtreibung anfangs zur justice seigneuriale ou féodale, und zwar, wenn man den bereits im 13. Jahrhundert beginnenden Kampf der Könige gegen die justices seigneuriales in Erwägung zieht, bedeutend länger als viele andere Verbrechen. So heisst es noch in den sogenannten Etablissemens de Saint-Louis[28]), liv. I, cap. 27:

„Bers si a en sa terre le murtre, le rat, et l'ancis.“

Allerdings liegt die Vermuthung nahe, dass das Abtreibungsverbrechen damals nicht allein dann, wenn ein Geist-

---

27) Kohler, Studien IV, S. 334 ff.

28) Ed. Viollet II, p. 37. [Dieser Theil der Etablissements ist dem Gewohnheitsrechte von Anjou entnommen (Viollet I, p. 8 ff.)].

licher es begangen hatte, sondern überhaupt in allen Fällen zur jurisdiction ecclésiastique gehört hat [29]. Man braucht einerseits nur daran zu denken, dass von der katholischen Kirche die Abtreibung stets als in enger Beziehung zu der vom kanonischen Rechte besonders verabscheuten Unzucht stehend angesehen wurde, — in der Ehe, weil sie den eigentlichen Zweck derselben, die Kindererzeugung, der Befriedigung sinnlicher Begierden unterordnet [decr. Grat. c. 32 qu. 2], ausserhalb der Ehe, weil sie die Folgen der Unzucht beseitigt und letztere dadurch begünstigt. Es wäre also sehr leicht erklärlich, wenn die Geistlichkeit aus diesem Grund eine Verwandtschaft der Abtreibung mit den Geschlechtsverbrechen [Ehebruch, Incest], und schon deshalb ihre Zuständigkeit zur Verurtheilung des encis angenommen hätte. Andererseits muss man sich aber noch daran erinnern, dass die Kirche damals in Frankreich bei dem Uebermaass an minderwertigen kleinen weltlichen Herrschaften infolge ihrer grossen Macht und besseren Bildung überall hohes Ansehen genoss und jene Stellung einnahm, welche Beaumanoir [30] liv. XI, cap. 19 so treffend bezeichnet:

„Sainte Eglise si est mere de chascun crestien et doit sainte Eglise garentir tous crestiens qui viennent a garant aussi comme la mere son enfant garantiroit.“

Und das war bekanntlich der Hauptgrund, aus dem die Kirche in so vielen Dingen sich die Gerichtsbarkeit zugesprochen hat [31]. Ob und wann sie dies gerade bezüglich der

---

[29]) Die gleiche Vermuthung spricht für Deutschland Horch, Das Verbrechen der Abtreibung, S. 19 unter Anziehung einer interessanten Stelle aus den Sacri Romani imperii Principum ac procerum gravamina centum [1522], cap. LIII, aus.

[30]) Coutumes de Beauvaisis [1280—1283], Ausgabe Salmon [Paris 1899, 1900], t. II, p. 101.

[31]) Vgl. Mortet in der Grande Encyclopédie t. XVII, p. 213, wo es von der Kirche heisst: „Ses tribunaux, généralement préférés aux iustices séculières, avaient étendu leur jurisdiction non seulement sur toutes les affaires qui concernaient les clercs, mais sur une foule de

Abtreibung gethan hat, ist freilich nicht nachweisbar, da Beaumanoir, dessen bereits angeführtes berühmtes Werk im cap. XI eingehend von der geistlichen Gerichtsbarkeit handelt, überhaupt in seinem Buche nirgends ausdrücklich das Abtreibungsverbrechen erwähnt und cap. XXX nur von murtres und homicides spricht.

Jedenfalls ist es nach dem oben Erwähnten sehr wahrscheinlich, dass die Abtreibung von dem Forum der Feudalherren vor das Forum der Kirche gezogen wurde. Eine Wahrscheinlichkeit, die noch erhöht wird, wenn man bedenkt, dass vielfach — so in Maine und Anjou zu allen Zeiten[32]) — die Kirche Mitglieder in dem Gerichtshofe der Feudalherren hatte und deshalb eine Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit durch sie sehr nahe lag, und dass Anfang des 13. Jahrhunderts eine starke Reactionsbewegung der Feudalherren Frankreichs gegen die Ueberhandnahme der geistlichen Gerichtsbarkeit einsetzte[33]).

Mag dem nun aber sein wie ihm wolle — mit dem Sturze der féodalité wurde die Abtreibung ein sogen. cas royal, gehörte

---

questions intéressant les laïques.“ Ebenso auch Allard, Histoire de la justice criminelle au seizième siècle, p. 155 ff.; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal, 2e éd., t. I, p. 106 und Golbéry im Rotteck-Welcker'schen Staatslexikon Bd. V, S. 716.

[32]) Beautemps-Beaupré, Recherches sur les jurisdictions de l'Anjou et du Maine pendant la période féodale, t. I, p. 92.

[33]) Schon 1225 versammelten sich die Edlen und freien Herren des mittleren Frankreichs, um die geeigneten Schritte gegen die Kirche zu thun. Der Tod Ludwig's VIII. liess jedoch das Unternehmen unvollendet. 1235 geschah ein neuer Versuch. Weit bedeutender war eine Akte, welche der Herzog von Burgund und die Grafen von Bretagne, von Angoulême und von Saint Pol mit einer grossen Reihe von kleineren freien Herren abfassten, in der es heisst, dass die Geistlichen „jurisdictionem saecularem sic absorbent, ut filii servorum — wieviel Leibeigene sind nicht in der katholischen Kirche zu hohen Ehren gekommen — secundum leges suas judicent liberos et filios liberorum“, und in der gefordert wurde, dass von nun an ein Weltlicher nur noch wegen Ketzerei, in Ehesachen und wegen Wucher vor ein geistliches Gericht gezogen werden dürfe. Näheres bei v. Stein, a. a. O. S. 338 ff.

also aux justices royales à l'exclusion des justices seigneuriales ou ecclésiastiques und damit vor die sogen. „Parlements" [34]).

Eine genaue Angabe der Zeit, wann der encis ein cas royal wurde, ist freilich nicht möglich. Niemals hat sich ja in Frankreich in ähnlicher Weise wie bei uns durch die Carolina eine selbständige königliche Strafgesetzgebung dem coutumiären Strafrechte gegenüber gestellt. Heimlich und langsam war der Kampf, den seit dem Ausgange des 13. Jahrhunderts Frankreichs Könige gegen die justices seigneuriales und ecclésiastiques führten [35]). Feste Grenzen sind nirgends zu ziehen. Die Ordonnanzen hüten sich wohlweislich, eine genaue Aufzählung der cas royaux zu geben [36]). Daher steht bezüglich der Abtreibung nur fest, dass sie jedenfalls im 13. Jahrhunderte noch nicht, zur Zeit Bouteiller's aber — also gegen Ende des 14. Jahrhunderts — bereits cas royal war. Denn Bouteiller, der „conseiller du Roy en sa Cour de Parlement" war und seine Somme rural zum Gebrauch im Pariser Parlement bestimmt hatte, behandelt die Strafe des encis im livre II, titre XV, der die Ueberschrift trägt „Des amendes telles que selon l'usage de Cour royal sont accoustumees de receuoir, prendre et leuer pour le Roy" [37]).

Dadurch, dass die Abtreibung vor die Parlemente gehörte, änderte sich übrigens nichts in ihrer Behandlung und Bestrafung. Nur trat insofern eine Verschärfung ein, als in der Praxis die sages-femmes ou accoucheuses et autres personnes

---

[34]) Jousse, Traité de législation criminelle de France [Paris 1771], t. IV, p. 23; Cauwès in der Grande Encyclopédie t. IX, p. 642; Montier De l'avortement criminel p. 40.

[35]) Näheres bei v. Stein, a. a. O. p. 499 f.

[36]) So sagt die Ordonnanz von 1315 nur, dass der König ein Recht habe, zu urtheilen „es cas qui de droit ou de ancienne coutume puent et doient appartenir à souverain prince et à nul autre". Näheres siehe bei Allard, a. a. O. p. 52 ff. Vgl. auch Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege S. 70: „Im Laufe der Jahrhunderte wuchs die Zahl der zu den cas royaux gezählten Verbrechen immer mehr."

[37]) A. a. O. p. 855 u. p. 867.

qui s'étaient prêtées à procurer l'avortement als complices du crime nicht mehr milder als die „auteurs du crime", sondern stets mit dem Tode bestraft wurden[38]).

B. Das Edict von 1556.

Einen grossen Umschwung in der Behandlung der Abtreibung brachte das Jahr 1556 mit dem Edicte Heinrichs II., das von dem Kanzler Bertrand herrührte. Ueber die Gründe, die zu seinem Erlasse geführt haben, wird im Eingange bemerkt, es gehöre zu den wichtigsten Aufgaben der „allerchristlichsten" Könige von Frankreich, dass diejenigen, welche Gott in den Ländern ihrer Botmässigkeit geboren werden liesse, in den Sakramenten bei ihrer Geburt eingeweiht und bei ihrem Tode mit den für diesen Fall verliehenen geistlichen Gütern versehen und auf ehrbare Weise begraben würden. Und dann heisst es weiter[39]):

„Et estant deuëment advertis d'un crime très-énorme et exécrable, fréquent en nostre royaume, qui est, que plusieurs femmes ayans conceu enfans par moyens deshonnestes, ou autrement, persuadées par mauvais vouloir et conseil, desguisent, occultent et cachent leurs grossesses, sans en rien descouvrir et déclarer. Et advenant le temps de leur part et délivrance de leur fruict, occultement s'en délivrent, puis le suffoquent, meurtrissent, et autrement suppriment, sans leur avoir fait impartir le saint sacrement de baptesme. Ce fait les jettent en lieux secrets et immondes, ou enfouyssent en terre profane, les privans par tel moyen de la sépulture coustumière des chrétiens."

Die Gründe bestehen demnach wesentlich darin, dass durch die Abtreibung die menschliche Leibesfrucht einerseits der heiligen Taufe nicht theilhaftig, andererseits des christlichen Begräbnisses beraubt würde, und damit ewiger Verdammniss

---

[38]) Jousse, a. a O. p. 20; Montier, a. a. O. p. 40.

[39]) Jourdan, Decrusy, Isambert, a. a. O. t. XIII, p. 472, 473.

anheimfiele. Allerdings spielte auch noch ein wichtiger, ebenfalls im Edikte angeführter prozessualer Grund mit. Oft kam es nämlich vor, dass Frauen, die wegen Abtreibung zur Verantwortung gezogen wurden, sich damit entschuldigten, dass sie ihre Schwangerschaft aus Schamgefühl an Niemanden verrathen hätten und ihre Leibesfrucht tot und ohne Hoffnung oder Zeichen irgend einer Art von Leben zur Welt gekommen wäre. In einem solchen Falle nun seien die Richter bei der Verurtheilung verschiedener Ansicht gewesen. Die einen hätten sofort auf Todesstrafe, die anderen erst zur Erzwingung eines Geständnisses „à fin de sçavoir et entendre par leur bouche si à la vérité le fruict issu de leur ventre estoit mort ou vife“ auf Folter angetragen. Die Folter wäre aber meist ohne ein Geständniss überstanden worden, so dass dann Entlassung hätte erfolgen müssen, „qui a esté et est cause de les faire retomber, récidiver et commettre tels et semblables délits“.

Das sind die Gründe, aus denen heraus nun die Strafbestimmung getroffen wurde:

„Que toute femme qui se trouvera deuëment atteinte et convaincuë d'avoir célé, couvert et occulté, tant sa grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre, et avoir prins de l'un ou de l'autre tesmoignage suffisant, mesme de la vie ou mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre, et après se trouve l'enfant avoir esté privé, tant du saint sacrement de baptesme, que sépulture publique et accoustumée, soit telle femme tenuë et réputée d'avoir homicidé son enfant. Et pour réparation punie de mort et dernier supplice, et de telle rigueur que la qualité particulière du cas méritera: afin que ce soit exemple à tous, et que cy après n'y soit fait aucun doute ni difficulté“ [40]).

---

[40]) Dass hiernach, ohne ausdrücklichen Gebrauch des Wortes avortement, die Abtreibung bestraft wurde, ergiebt sich aus sämmtlichen Schriftstellern jener wie der heutigen Zeit, die von der Abtreibung handeln.

Aus dieser Vorschrift erhellt folgendes Sachverhältniss:

Das Edikt will präventiv wirken, „oster les occasions", und mittels einer Verpflichtung zur Anzeige der Schwangerschaft durch die Schwangere die Abtreibung möglichst beseitigen.

Die Abtreibung wird als homicide behandelt und mit dem Kindsmord auf gleiche Stufe gestellt. Die Strafe, welche als exemple à tous eine Abschreckungsstrafe sein soll, ist stets der Tod. Und zwar wurde, wer abgetrieben hatte, gehenkt. So sagt Fodéré[41]) [1764—1835]: „Des parlemens ont condamnés des sages-femmes à être pendues pour avoir procurer l'avortement à des filles" und Boucher d'Argis, der die Jurisprudence bearbeitende Mitarbeiter von Diderot's Encyclopédie[42]) berichtet, dass viele Frauen kraft des Edictes von 1556 gehenkt worden seien.

Das Edict selbst spricht nur von der abtreibenden Schwangeren und ihrer Bestrafung. In der Praxis wurde dies aber auf alle Theilnehmer ausgedehnt. So sagt Muyart de Vouglans[43]): „Nous punissons également de la Peine de l'Homicide et la femme qui se procure l'avortement et ceux qui aident à le lui procurer en lui fournissant des breuvages, surtout si s'étoient des Sages-Femmes."

Erforderlich zur Verurtheilung ist, dass einerseits der Schwangeren nachgewiesen wurde „d'avoir célé, couvert et occulté tant sa grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre", und dass andererseits „se trouve l'enfant avoir esté privé tant du saint sacrement de baptesme que sépulture publique et accoustumée". Dann wurde zwischen

---

[41]) Traité de médecine légale [Ausgabe Paris 1813], t. IV, p. 384.

[42]) Diderot-d'Alembert, Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [Paris 1751], t. VIII, p. 699; ebenso Verdier, La jurisprudence particulière de la chirurgie [1764], t. II, p. 614.

[43]) Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel [1780], p. 179; ebenso Fodéré, a. a. O., t. IV, p. 384 und Verdier, a. a. O., t. II, p. 614.

diesen beiden Thatsachen ein Causalzusammenhang angenommen und die gesetzliche Vermuthung aufgestellt: „Telle femme soit tenuë et réputée d'avoir homicidé son enfant.“

Wie die Leibesfrucht selbst im Mutterleibe und später beschaffen war, ist belanglos. „Mesme de la vie ou mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre“ sagt bezeichnend das Edict. Ob die Leibesfrucht gelebt hat oder lebensfähig war oder nach der Abtreibung weiter lebte oder überhaupt eine regelmässige Ausbildung besass und es sich nicht bloss um eine sogen. Mole handelte, bleibt völlig gleich. Muyart de Vouglans[44]) hebt ausdrücklich hervor, es sei im Gegensatze zum kanonischen Rechte und zur Carolina nicht der Beweis erforderlich, dass der Fötus „avoir eu vie dans le temps de l'avortement“. Denn, so fügt er erklärend hinzu, „la difficulté de cette preuve a fait que nous n'avons point cette distinction dans notre Jurisprudence“. Und ähnlich sucht Thorillon[45]) das Berechtigte dieses Standpunktes mit den Worten darzuthun: „Qui jugera le temps de la conception? qui conséquemment dira si le foetus avoit ou non vie? — — — Il est de l'intérêt de l'État qu'on n'altere point ainsi la population.“

Hieraus folgt nothwendig — ganz abgesehen davon, dass auch der Wortlant des Edictes einer Ahndung fahrlässiger Abtreibung in keiner Weise entgegensteht —, dass Abtreibungsvorsatz nicht verlangt wird. Da es auf die Gestaltung der Leibesfrucht vor und nach der Abtreibung nicht ankommt, so wird ja die Schwangere unter Umständen sogar schon dann bestraft, wenn sie überhaupt kein Abtreibungsmittel genommen hat. Es ist dies der Fall, wo die Schwangere ohne irgend welches eigene Verschulden ein totes Kind zur Welt bringt. Hier wird mithin nur die Nichtanzeige der Schwangerschaft mit dem Tode bestraft. Um wie viel mehr muss da nicht eine wirklich fahrlässige Abtreibung geahndet werden. Man

---

[44]) A. a. O. p. 179.

[45]) Idées sur les lois criminelles [Paris 1788], t. I, p. 119.

denke etwa den Fall, wo die Schwangere aus Schamgefühl ihre Schwangerschaft verborgen, ihre Gesundheit nicht geschont und dadurch fahrlässig ein Abgehen der Leibesfrucht herbeigeführt hat. Auch hier trat Todesstrafe ein[46]). Ferner berichtet bezüglich der Aerzte und Hebammen Fodéré[47]): „Il a fallu quelquefois des lettres de grâce à l'égard de ceux qui, par ignorance des règles de l'art et sans mauvaise intention, avaient donné des remèdes qui avaient été suivis de l'avortement, ou qui avaient été obligés de recourir à ce moyen pour sauver la mère en péril", und vor ihm schon 1764 fast ebenso Verdier[48]): „On adoucit souvent la rigueur du châtiment à l'égard de ceux qui par ignorance des règles de l'Art et sans mauvaise intention donnent des remèdes abortifs, pour sauver la mère en péril" [49]).

Was die Zuständigkeit anbetrifft, so war die Abtreibung natürlich cas royal geblieben und gehörte als solcher vor die parlemens. Entschieden wurde „par arrest de la Cour" [50]).

Bestätigt wurde das Edict zunächst von Heinrich III. durch die Ordonnance von 1586, die noch folgenden Zusatz enthielt [51]):

„Afin que nulle femme, servante et chambrière ou autre ne puisse prétendre cause d'ignorance de l'Ordonnance ci-dessus, enjoignons à tous Curés de publier et dénoncer au peuple le contenu de ladite Ordonnance à leurs Prônes des Messes Paroissiales, de trois mois en trois mois, et que tant nos Pro-

---

[46]) Thorillon, a. a. O. p. 121.

[47]) A. a. O. p. 384.

[48]) A. a. O. t. II, p. 614.

[49]) [Mildere Strafe finden wir beispielsweise angeführt in Denisart, Collection de Décisions (1771) II, p. 583 (v. grossesse Nr. 7 ff.): Urtheil vom 12. Februar 1731: battue et fustigée nue de verges, marquée de deux fleurs de lys sur les deux épaules et bannie à perpetuité; Urtheil vom 22. Oktober 1737: Verbannung. — Kohler.]

[50]) Charondas le Caron, a. a. O. p. 176; Muyart de Vouglans, a. a. O. p. 179.

[51]) Muyart de Vouglans, a. a. O. p. 180.

cureurs que des Seigneurs Hauts-Justiciers tiennent la main à ladite publication.“

Mit diesem Zusatze wurde das Edict ferner noch von Ludwig XIV. durch die ordonnance vom 25. Februar 1707 und von Ludwig XV. durch die ordonnance vom 16. März 1731 und die ordonnance vom 27. April 1735 bestätigt [52]) und hat so bis 1791 gegolten.

Obgleich nicht verkannt werden soll, dass in manchen Fällen — besonders in denen, wo die Schwangere zunächst an eine Verheimlichung der Schwangerschaft und an eine Abtreibung überhaupt nicht gedacht hat und sie die erst später auftauchende Absicht einer Beseitigung der Leibesfrucht in Folge der Schwangerschaftsanzeige nun nicht mehr ohne Todesstrafe bethätigen kann — das Edict wirklich Erfolg gehabt haben wird und es in der präventiven Behandlung der Abtreibung einen durchaus neuen Gedanken enthielt [52a]), so kann trotzdem nicht gesagt werden, mit ihm sei ein Schritt vorwärts gethan. Im Gegentheil, das Edict war ein Schritt abseits vom Wege der natürlichen Entwickelung. Und zwar hauptsächlich deshalb, weil es einerseits mit einer Vermuthung operirte, was schon immer äusserst gefährlich [53]), hier aber, wo es sich um eine praesumptio juris et de jure und um ein todeswürdiges Verbrechen handelte, aufs Allerschärfste zu verwerfen ist, und weil es andererseits in bedenklicher Weise un-

---

[52]) Muyart de Vouglans, a. a. O. p. 180.

[52a]) Zurückzuführen ist freilich dieser bezüglich der Abtreibung durchaus neue Gedanke wohl auf das, allerdings nur vom Kindesmorde handelnde, englische Statut aus dem Jahre 1524 [22, Jacob I, chap. 27]. Nach diesem wurde rechtlich vermuthet, dass ein uneheliches totes Kind lebend geboren und dann von der Mutter getödtet wurde, wenn die Geburt verheimlicht worden ist, ja selbst die blosse Verheimlichung der Geburt als solche ex arbitrio judicis mit Gefängniss als misdemeanor bestraft, vgl. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, t. IV, chap. 14.

[53]) Vgl. Kohler, Zeitschr. für den deutschen Civilprocess Bd. XXXIII S. 212.

psychologisch war und seinen Präventivzweck deshalb nicht selten verfehlen musste. Denn die unehelich Geschwängerte — um diese handelte es sich doch meist — sah drei Möglichkeiten vor sich: einmal die Anzeige der Schwangerschaft — und damit setzte sie oft ihr Alles, ihre Ehre und ihren Ruf aufs Spiel [54]); zweitens die Nichtanzeige der Schwangerschaft — wenn sie nun aber ein totes Kind gebar oder das Kind gleich nach der Geburt ungetauft verstarb und sie es aus Furcht vor Schande nicht öffentlich begraben lassen wollte, dann war ihr bei einem Bekanntwerden dieser Thatsachen, das so leicht geschehen konnte, die Todesstrafe sicher; und endlich drittens die Abtreibung der Leibesfrucht — und diese bot sich der Schwangeren als das nach menschlicher Berechnung kleinste der Uebel in ihrem Triebe zur Erhaltung von Ehre und Leben und ihrer gewiss nicht unberechtigten Zuversicht, dass von einer frühzeitigen Abtreibung Niemand jemals etwas erfahren würde und sie sich dadurch leicht der Schande wie der unter Umständen drohenden Strafe entziehen könnte. Sie hätte ja nicht ein schwaches Weib, sondern eine Heldin sein müssen, wenn sie ihr Glück dem Gehorsam gegen ein Gesetz geopfert hätte, welches für das Volk, das in einer Abtreibung in den ersten Wochen unmöglich eine Kindestötung, ja überhaupt auch nur ein Verbrechen sah, geradezu unverständlich sein musste [55]). Vertheidigte doch noch im Jahre 1746, wie Guardia berichtet [56]), sogar ein gelehrter Mediciner die These, ein avortement in den ersten Monaten der Schwangerschaft sei kein homicide [57]).

---

[54]) Vgl. die Ausführungen von Schopenhauer über die weibliche Sexualehre im 4. Capitel seiner Aphorismen zur Lebensweisheit.

[55]) So auch Galliot, L'avortement criminel p. 90, 91, und Montier, a. a. O. p. 42.

[56]) Gazette méd. de Paris 1864, p. 102.

[57]) Deshalb, weil die Abtreibung so oft in den ersten Monaten der Schwangerschaft gewissenlos betrieben wurde, empfahl auch die theologische Facultät von Paris aufs Wärmste eine im Jahre 1658 von

Ausserdem hatte das Edict noch die Unzuträglichkeit einer Untersuchung von Frauen und Mädchen, die im Verdachte der Verheimlichung ihrer Schwangerschaft standen. „On trouve dans quelques arrêts“, sagt Guyot[58]), „les traces d'une procédure contraire aux bonnes moeurs et nuisibles à la réputation des filles; elle consistait à visiter celles qu'on soupçonnait d'être grosses, et qui n'avaient pas fait de déclaration.“ Allerdings ergingen häufig Urtheile der Parlamente, welche sich gegen solche Untersuchungen offen aussprachen. So wurde schon im Jahre 1687, als ein achtzehnjähriges, der Verheimlichung ihrer Schwangerschaft bezichtigtes Mädchen sich bei der Untersuchung durch eine Hebamme und einen Wundarzt als Jungfrau herausstellte, durch ein arrêt eine derartige Untersuchung auf blossen Verdacht hin verboten und befohlen, in öffentlicher Predigt die Unschuld des Mädchens zu verkünden[59]). Aehnlich entschieden zwei arrêts des Parlaments von Dijon aus dem Jahre 1705 und 1715 und ein arrêt des Pariser Parlaments aus dem Jahre 1761, welches „condamna le procureur d'office et les juges de la justice de Courcelles à des dommages et intérêts et fit défence de faire à l'avenir de pareils réquisitoires et de rendre de pareilles ordonnances“[60]).

Bei diesen offensichtlichen erheblichen Mängeln des Edictes von 1556 hat es denn auch nicht an gewichtigen Stimmen gegen dasselbe gefehlt. Montesquieu erklärt im livre XXVI, cap. III seines Esprit des Lois: „La loi d'Henri II., qui con-

---

Hieronimus Florentinus verfasste Schrift, in der behauptet wurde, dass die Taufe an dem Fötus auch dann nöthig sei, wenn er kaum eines Gerstenkorns Grösse hätte, siehe Frank, System einer vollständigen medicinischen Polizei [1791], Bd. IV, S. 131, 132.

[58]) Répertoire de jurisprudence civile et criminelle unter Grossesse.

[59]) Marc im Dictionnaire des Sciences médicales [1812], t. II, p. 498.

[60]) Montier, a. a. O. 41. [Vgl. auch Denisart, a. a. O. Nr. 9. Richter und procureur fiscal wurden zu 100 L. Schadenersatz verurtheilt. Ausserdem sollte das Mädchen nicht gezwungen werden, den Vater anzugeben, Urtheil des Parlaments der Bretagne vom 28. März 1637, ib. Nr. 10. — Kohler.]

damne à mort une fille dont l'enfant a péri, en cas qu'elle n'ait point déclaré au magistrat sa grossesse, est contraire à la défense naturelle" und fügt ebenda begründend hinzu: „L'éducation a augementé en elle l'idée de la conservation de la pudeur naturelle; et à peine, dans ces moments, est-il resté en elle une idée de la perte de la vie." Voltaire erhebt in seinem Prix de la Justice et de l'Humanité[61]) die heftigsten Einwendungen gegen das Edict: „Forcer une fille à déclarer à un juge ce qu'on appelle sa honte, la punir du dernier supplice, si, n'ayant pas voulu se soumettre à cette humiliation, ou ayant trop tardé à la subir, elle accouche d'un enfant mort; présumer le crime; punir non le délit, puisqu'on n'attend pas qu'il soit prouvé, mais la désobéissance à une loi cruelle et arbitraire, c'est violer à la fois la justice, la raison, l'humanité." Rousseau wendet sich grundsätzlich gegen alle Gesetze, die ohne Verletzung eines Lebensrechtes, nur um abzuschrecken, mit dem Tode straften, in seinem Contrat social livre II, cap. V mit den Worten: „On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger." Boucher d'Argis bemerkt allerdings zunächst[62]): „Les femmes et filles qui font périr leur fruit durant leur grossesse par l'avortement, soit par des breuvages et autres mauvaises voies, commettent aussi bien un infanticide, que celles qui font périr leurs enfans par le fer ou autrement après leur accouchement", ja, er steht sogar auf dem Standpunkte, dass Abtreibung ein schwereres Verbrechen sei als der Mord eines Kindes „parce que l'enfant est privé du baptême"[63]). Aber gleichwohl hält

---

[61]) T. 29, p. 282, Note 6 der Oeuvres complètes, Ausgabe Gotha 1786.

[62]) A. a. O. t. VIII, p. 699.

[63]) Das ist derselbe Standpunkt wie der von J. Solorzanus [bei Otto, Thesaurus juris Romani [1735], t. V, p. 104], der gleichfalls die Mütter, die ihr Kind abtreiben, für schuldiger findet, als diejenige, die ihr Kind tödten, weil sie „innocentes animas et temporali hac vita immaniter privant et, quod dolendum est magis, nondum sacro baptismate lotas, aeternae illius gaudiis et praemiis spoliant."

diese Auffassung ihn nicht ab, von dem Edicte zu sagen, dass es „blessoit la nature". Vermeil ferner erklärt sich gegen das Edict mit folgender zutreffenden Begründung[64]): „La présomption qui fait la base du jugement n'exclut pas la possibilité du fait contraire. Cette fille a pu cacher sa grossesse et son accouchement pour l'intérêt unique de son honneur; et son enfant a pu périr avant que de naître, ou dans l'instant auquel il a reçu le jour. Si cet enfant est mort de la sorte, faudra-t-il faire encore périr la malheureuse mere, comme si elle étoit coupable de cette mort? Ne conviendroit-il pas, en pareille circonstance, que le Ministere public ne pût requérir la peine, qu'en établissant que l'enfant étoit né vivant? Ou au moins ne devroit-il pas être permis à la fille, pour sa justification, de prouver que l'enfant étoit né mort? — — — — Sera-t-il permis d'infliger une peine aussi rigoureuse sur une simple présomption?" In sehr bemerkenswerther Weise äussert sich auch Servin[64a]) über die Abtreibung. Er verlangt Abschaffung der Todesstrafe: „En effet, si j'examine d'après la nature des choses le crime d'une mère qui fait périr son fruit, de quelque manière que ce sois, je n'y trouve point cette volonté noire et malfaisante, qui met en danger la vie des autres Citoiens. Telle fille qui soufrira la mort et sera capable de tout plutôt que de dévoiler sa foiblesse, sera d'ailleurs douce, timide, compatissante, incapable de faire le moindre tort à sa voisine. Il lui semble qu'en sacrifiant son fruit, elle ne fait que disposer d'une partie d'elle-même; que la société n'a pas droit de lui demander compte d'une fécondité qu'elle ne lui commandoit pas; ou plutôt elle ne considère point tout cela, elle ne voit que son honneur en péril." Die Vermuthung des Edictes verwirft er ebenso: „J'avouë que je n'ai jamais bien vu, sur quoi une pareille présomption pouvoit être fondée.

---

[64]) Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle [Paris 1781], p. 138, 139.

[64a]) De la législation criminelle [1782] p. 152, 155, 156.

Car si le sentiment outré de l'honneur a pû porter la mère au crime, celui de la tendresse a pû aussi la retenir." Die Anzeige der Schwangerschaft hält er für gänzlich verfehlt: „Je vous rapellerai à considérer cette honte si forte et si salutaire, qui fait craindre à certaines femmes la diffamation plus que la mort. Je vous remontrerai, combien il est cruel d'exiger d'elles qu'elles aillent consigner à jamais leur deshonneur dans des régistres publics, combien même cette démarche humiliante est propre à anéantir les restes de leur vertu. Je vous répéterai ce que l'expériencc atteste, que beaucoup d'entre elles aimeront mieux s'exposer à tout que de s'assujettir à une semblable pratique." Thorillon endlich steht allerdings auf dem Standpunkte[65]): „La peine de mort n'est pas trop grande, puisque telle femme ou fille qui empoisonne le fruit de sa débauche, est enfanticide", spricht sich aber trotzdem mit aller Entschiedenheit gegen die im Edicte aufgestellte Vermuthung aus und fordert „preuves complettes, bien entendu, s'il s'agit d'infliger des peines; et pour l'excuse de la mere, la semipreuve doit suffire."

Trotz aller seiner Mängel hat das Edict Heinrichs II. einen ganz bedeutenden Einfluss auf ausserfranzösische Rechte ausgeübt[66]). Auch Preussen ist von ihm nicht unbeeinflusst ge-

---

[65]) A. a. O. t. I, p. 119, 121.

[66]) So beispielsweise auf das schwedische Recht, wie cap. 16 des Codex Legum Suecicarum aus dem Jahre 1734 deutlich zeigt: „Mulier impudica, quae ex illigitimo concubitu uterum gestat, nec hoc aut partum aperit, latebras quaerens, quo furtim enitatur partum et deim eum abscondit, percutiatur securi et in pegmate comburatur, non attento praetextu, mortuum vel ante justum terminum editum fuisse." Auch wurde die Anzeige der unehelichen Schwangerschaft zur Pflicht gemacht in den kurpfälzischen Gebieten, vgl. Lewin, Die Fruchtabtreibung durch Gifte, 2. Aufl. S. 6. Vor allem aber ist der Einfluss des Edictes in Lothringen, das ja erst 1766 nach dem Tode von Stanislaus Leczinski an Frankreich kam, hervorzuheben. Hier wurde am 7. September 1711 unter der Regierung von Leopold I., Duc de Lorraine et de Bar die sich eng an das Edict von 1556 anschliessende „Ordon-

blieben. Jedenfalls entspricht ihm in fast allen Punkten das „Édit portant que le supplice du sac statué par les loix contre

---

nance contre les filles ou veuves qui recelent leur grossesse" veröffentlicht. Vor dem gab es ein ähnliches Gesetz in Lothringen nicht. Die Ordonnance von 1711 hebt das ausdrücklich hervor: „Il n'y a point eu jusques à présent dans nos États de Loy précise, qui ait déterminé cette peine." In manchen Beziehungen ist allerdings die Ordonnance von 1711 anders gefasst als das Edict von Heinrich II. Ausserordentlich kennzeichend ist besonders die Veränderung des Strafbarkeitsgrundes: „Quoique la naissance des enfans naturels soit de fruit de l'incontenence de leurs peres et meres, qui sacrifient à une passion déréglée les devoirs du Christianisme et le soin de leur réputation; neansmoins comme il naît d'une conjonction illegitime un Citoyen à la République et un Sujet à l'État; Nous avons intérêt d'en établir la sûreté contre les attentats des mains parricides." Man sieht: das religiöse Bewusstsein, welches das Cultursystem des 16. Jahrhunderts und damit auch das Edict von 1556 beherrschte, ist dem politischen Bewusstsein, welches ein Characteristicum des 18. Jahrhunderts und damit auch der Strafbestimmung der Ordonnance von 1711 und ebenso des noch weiter unten zu behandelnden französischen Code pénal von 1791 ist, gewichen. Wie später an Stelle dieses politischen Bewusstseins gerade bezüglich des Abtreibungsverbrechens im 19. Jahrhundert das sociale Bewusstsein getreten ist — davon wird später ausführlich die Rede sein. Hier ist nur noch einiges aus der hochinteressanten Ordonnance von 1711 hervorzuheben. Die Ordonnance regelt ausführlicher als das Edict von 1556 die Anzeigepflicht der Schwangeren: „Que toutes les filles et femmes veuves, lesquelles se seroient laissées séduir et rendre enceintes, soient tenuës de venir déclarer leur grossesse, dans les Bourgs et Villages, au Maire ou principal Officier de Justice; dans les Villes au Prévôt ayant Jurisdiction, ou au Lieutenant Général du Baillage, chacune selon sa condition, dont sera dressé Acte sur le champ, signé de la Partie, si elle sçait ou peut signer, si non du Juge ou du Greffier; lequel Acte contiendra pareillement le nom de celui, des oeuvres duquel elle déclarera provenir ladicte grossesse, et portera injonction à elle de veiller à la conservation de son fruit." Ja, es wurde sogar befohlen „aux peres et meres qui auront juste soupçon de la grossesse de leurs filles, soit par eux-mêmes, soit par la commune fâme et renommée, de veiller exactement à ce qu'il ne mésarrive du fruit, dont leursdites filles seront enceintes: sinon seront condamnés par nos Juges à telles peines qu'ils auront méritées pour une négligence si criminelle selon les circonstances du fait." Die Strafe war, wohl in Folge des veränderten

les meres dénaturées qui détruisent leurs enfants, sera à l'avenir infligé à celles qui commettent ce crime", welches in französischer Sprache am 30. August 1720 unter der Regierung Friedrich Wilhelms I. ergangen ist[66a]). Es heisst hier unter Androhung der „peine d'être noyée dans un Sac": „Toute femme qui est dans les douleurs de l'enfantement estant obligée de crier à l'aide, ou, si elle n'en a pas d'occasion, pour avoir été surprise par les douleurs de l'enfantement dans un tems où dans un lieu qu'elle n'avoit pas prévû, de dénoncer son accouchement inmédiatement après la delivrance et de faire voir son enfant." Und gleichfalls wurde bestimmt, dass das Edict immer vierteljährlich auf den Kanzeln vorgelesen werden sollte. Ferner dürfte § 933 II, 20 des A.L.R., der vorschrieb, dass eine Geschwächte, welche die Entdeckung der Schwangerschaft den Eltern, Vormündern, Dienstherrschaften u. s. w. länger als vierzehn Tage, nachdem sie dieselbe zuerst wahrgenommen hat, verschweigt, sich einer strafbaren Verheimlichung der Schwangerschaft schuldig mache, wesentlich auf einen Einfluss des Edictes von 1720 und daher mittelbar des Edictes von 1556 zurückzuführen sein.

Endlich ist noch einiges über die Verbreitung des Abtreibungsverbrechens während der Geltungszeit des Edictes von 1556—1791 zu sagen.

---

rechtlichen Gesichtspunktes, bedeutend menschlicher als im Edicte: „Voulons aussi que lesdites filles ou femmes qui seront convaincuës de s'être procuré l'avortement, ou même l'avoir tenté par breuvages et médicamens pris à cet effet, soient punies arbitrairement de telles peines que nos Juges trouveront à propos de leur infliger, suivant la qualité du fait, qui pourra même être du dernier supplice en certain cas contre celles qui se seroient procuré un avortement effectif et consommé." Näheres siehe im Recueil des édits, ordonnances, déclarations, traitez et concordats du règne de Léopold I [Nancy, 1733], t. I, p. 757—759.

66a) Bei Holtze, Die Strafrechtspflege unter König Friedrich Wilhelm I., wird dieses Edict, das ich durch Zufall auf der Berliner königl. Bibliothek entdeckte, überhaupt nicht erwähnt.

Schon oben wurde auf zeitgenössische Berichte hingewiesen, nach denen viele Frauen wegen Verstoss gegen das Edict gehenkt worden sind [67]. Eine Ahnung von der grossen Verbreitung der Abtreibung geben aber noch viel besser zwei weitere Mittheilungen von Zeitgenossen.

Einmal Louise Bourgeois [1563—1636]. Die berühmte Hebeamme giebt in ihrer Instruction à ma fille folgende kluge Rathschläge [68]: „Il ne faut pas, que vous adhériez à une seule méchanceté comme le font les damnées qui donnent des remèdes pour faire avorter. Ce n'est pas assez de refuser d'enseigner ny de donner remède, mais vous êtes tenue de vous deffier et prendre garde de vous laisser tromper par les cauteleuses personnes qui finement vous proposeront des maladies de filles ou de femmes qu'ils diront fort honnêtes.“ Und an einer anderen Stelle zeigt sie, wie schon damals Paris seine der Abtreibung dienenden Privatentbindungsanstalten besass: „Ne recevez en votre vie fille ny femme pour accoucher en votre maison. Je vous le recommande; c'est un maquerellage revêtu de quelque couleur, que l'on approprie à charité et même que l'on veut faire croire que votre art vous y oblige, ce qui n'est point.“

Der zweite ist Guy Patin [1601—1672]. Er macht folgende interessante Mittheilung [69]: „Les Vicaires généraux et les Pénitentiers se sont allez plaindre à Monsieur le Premier Président que depuis un an six cents femmes de conte fait se sont confessées d'avoir tué et étouffé leur fruit.“ Auch berichtet Patin von einem Aufsehen erregenden Abtreibungsprocesse gegen die Hebeamme Constantin und erzählt: „que sa maison étoit un bordel public et que quantité de garses alloient accoucher là dedans vel abortum passurae“ [70].

---

[67]) Siehe S. 371, 374.

[68]) Mitgetheilt bei Galliot, a. a. O. p. 89, 90.

[69]) Lettres choisies [Ausgabe Paris, 1692], t. I, p. 438, 449, 452.

[70]) Die Hebeamme Constantin „a été condamnée au Châtelet à être penduë et étranglée“. Erwähnt sei, dass auch Diderot in seinem cyni-

C. Der code pénal von 1791.

Die französische Revolution hat der drakonischen Gesetzgebung des Edictes von 1556 ein Ende gemacht. Der code vom 25. September 1791 enthielt in der 2e partie, tit. II, sect. I, art. 17 folgende kurze Bestimmung [71]):

„Quiconque sera convaincu d'avoir par breuvages, par violence ou par tous autres moyens procuré l'avortement d'une femme enceinte sera puni de vingt années de fers."

Man sieht, ein ungeheurer Fortschritt und ein offener, bewusster Gegensatz zum Edicte Heinrich's II. Nichts mehr von einer Anzeige der Schwangerschaft. Statt Todesstrafe 20jährige Freiheitsstrafe. Und was vor Allem wichtig ist — keine Strafe für die Schwangere, die selbst das Verbrechen der Abtreibung begeht, und damit die Abtreibung nicht mehr Tödtungsverbrechen und infanticide, sondern qualificirte Körperverletzung! Denn von einer subsidiären Geltung des älteren Rechtes konnte keine Rede sein, da der code von 1791 ausdrücklich alle älteren Strafsatzungen für aufgehoben erklärte. „Le silence du législateur", sagt Merlin [72]), „sur la femme qui se fait avorter elle même est une preuve qu'il n'a pas voulu punir cette femme." Man war anscheinend — abgesehen von einer mitleidigen Regung für die abtreibende Schwangere — davon ausgegangen, dass auf diese Weise leichter die schuldigen Dritten bei dem stets so schwer zu ermittelnden Abtreibungsverbrechen herauszubekommen seien. Die Schwangere würde nun ja, ihrer eigenen Straflosigkeit sicher, keinen Grund haben, die Namen der Theilnehmer zu verschweigen.

Diese gegenüber den Bestimmungen des Edictes allerdings

---

schen Romane Les bijoux indiscrets [1753] t. I, p. 52 von Abtreibungen seitens junger Mädchen „à l'aide d'une médecine et de deux saignées" berichtet.

[71]) Rivière-Weiss, Code d'instruction criminelle et code pénal annotés, 32e ed., p. 142.

[72]) Répertoire universel et raisonné de jurisprudence [1807], t. I, p. 431.

sehr fortschrittliche Bestimmung hatte ihre grossen Fehler. Man hatte zweierlei ausser Acht gelassen. Einmal, dass eine die Namen ihrer Mitschuldigen angebende Geschwängerte sich damit der sexuellen Unehre aussetzte, für ihr ganzes Leben mit dem Kainsmale gemeinen Angeberthums gekennzeichnet war und sich deshalb wohl gehütet haben wird, irgend etwas von der geschehenen Abtreibung zu verrathen. Und dann, dass die Schwangere selber keineswegs immer aus Motiven abtreibt, die minder verwerflich sind, sondern auch aus blosser Genusssucht, aus Leichtsinn, aus Eitelkeit.

Die Straflosigkeit der abtreibenden Schwangeren war daher ein Fehler, der als Reactionsbewegung gegen das Edict und aus der Zeit der französischen Revolution heraus sehr verständlich ist, aber in den Folgejahren nach 1791 zu furchtbaren Zuständen geführt hat. So sagt Fodéré — gleichzeitig ein Beitrag für die damalige Verbreitung der Abtreibung — von den selber abtreibenden Frauen [73]): es wäre an der Zeit „de voir reparaître une loi contre les embryoticides que le Code de 1791 avait à tort oubliées. Depuis un grand nombre d'années, le déréglement des moeurs, l'état de guerre, qui prive beaucoup de femmes de leurs maris, et la soif de l'or, unique sentiment, unique divinité, qui règnent aujourd'hui dans cette belle Europe si bien civilisée, ont ramené le siècle de Juvénal, et ont rendu, surtout dans les grandes villes, l'horrible talent de faire avorter un art très répandu. Les médicamens étant la pupart du temps sans succès, l'arsénal de chirurgie s'est enrichi d'un instrument meurtrier qui, introduit dans l'utérus, porte des coups sûrs sur le fruit innocent qu'il renferme!“

D. Der code pénal von 1810.

Die Aufgabe, welche von dem Gesetzgeber des heutigen Strafgesetzbuchs in Frankreich zu lösen war, musste haupt-

---

[73]) A. a. O., t. IV, p. 387.

sächlich dahin gehen, den richtigen Ausgleich zwischen der allzu grossen Härte des Edictes von 1556 und der allzu grossen Milde des code von 1791 zu finden. Diese Aufgabe war aber Anfangs verkannt worden. Als es sich darum handelte, einen neuen code pénal auszuarbeiten, wollte die mit der Abfassung von gesetzgeberischen Vorschlägen bezüglich der Abtreibung betraute Commission wieder einen jähen Schritt nach rückwärts machen. Bewogen von einer Sucht zu generalisiren, wollte sie Abtreibung und Kindsmord auf genau dieselbe Stufe gestellt wissen. Das projet de code criminel vom Jahre 1804 erklärte, diese beiden Verbrechen hätten dieselbe Triebfeder und denselben Erfolg. Man meinte zwischen der That einer Schwangeren, welche sich im 7. oder 8. Monat ihrer Schwangerschaft die Frucht abtreibt, und der, welche ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, bestände kein so grosser Unterschied wie zwischen Zuchthaus und Todesstrafe. Und deshalb wurde sowohl für das crime d'avortement wie für das crime d'infanticide im art. 287 die Todesstrafe vorgeschlagen.

Gegen diese Behandlung der Abtreibung erhob der berühmte Erzkanzler des französischen Reiches Cambacérès, welcher sich bekanntlich die grössten Verdienste um die Entwickelung des französischen Rechts und die Redaction des code Napoléon erworben hat, seine gewichtige Stimme: „Il ne faut pas," so erklärte er, „comme le fait le projet, confondre l'avortement avec l'infanticide. Dans l'état de relâchement, où sont les moeurs, il est possible qu'une mère, séduite par une fausse honte, croie plutôt prévenir qu'anéantir l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein; mais donner la mort à son enfant, après qu'il est né, est un acte de barbarie, dont l'horreur ne saurait être pallié par aucune illusion" [74]).

Cambacérès hatte Recht. Während der Kindsmord das Dasein eines schon fertigen Menschen vernichtet, hindert die Abtreibung nur das Entstehen dieses Daseins, das ja bei Be-

[74]) Mitgetheilt bei Montier, a. a. O. p. 43.

rücksichtigung der zahlreichen Früh- und Todtgeburten gar nicht einmal sicher ist. Die Worte von Cambacérès haben denn auch ihre Wirkung nicht verfehlt. Die Auffassung, die Abtreibung sei ein todeswürdiges Verbrechen, wurde fallen gelassen und damit das Gute, das der code von 1791 gebracht hatte, in das neue Gesetzbuch aufgenommen.

Ebenso wurde über die Frage, ob die abtreibende Schwangere zu strafen sei, debattirt. Hier kam man sofort zu dem richtigen bejahenden Ergebniss. Es heisst darüber in den Motifs du Code pénal, livre 3, titre 2, cap. 1: „En effet, si la femme ne trouvait pas tant de facilité à se procurer les moyens d'avortement, la crainte d'exposer sa propre vie, en faisant usage de médicamens qu'elle ne connaîtrait pas, l'obligerait souvent de différer son crime, et elle pourrait ensuite être arrêtée par ses remords.“ Und deshalb wurde dem Schlechten, das der code von 1791 gebracht hatte, kein Eingang in das neue Gesetzbuch gewährt.

Vor Allem mit dieser einschneidenden Aenderung ging der art. 17 des alten code pénal nun als art. 317 in den neuen code pénal in folgender Fassung über:

„Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. — La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi. — Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.“

Diese Strafbestimmung des code pénal wird später im Haupttheile der Abhandlung eingehend erläutert werden. Hier ist nur noch einiges über die Verbreitung der Abtreibung seit der Herrschaft des art. 317 zu sagen. Und zwar muss das

ausführlicher als oben geschehen, da jetzt statistische Angaben vorliegen. Allerdings ist bei der Heimlichkeit des Abtreibungsverbrechens nichts natürlicher, als dass die Zusammenstellungen, die man bezüglich der Häufigkeit des kriminellen Abortus gemacht hat, in keiner Weise ein wahres Bild zu geben vermögen. „La statistique de l'avortement," sagt treffend Garraud[75]), „ne peut donner qu'une idée très relative du nombre de ces crimes et de leurs conditions. Pour un avortement poursuivi il y a peut-être mille qui ne le sont pas." Und Brochard[76]) erklärt mit Recht, dass die Zahl der Abtreibungen „défie tout calcul".

Immerhin sind die gefundenen Zahlen aber so wichtig, dass eine wenigstens auszugsweise Mittheilung derselben geboten erscheint.

Nach einer Berechnung von Hausner[77]) nimmt unter den europäischen Staaten Frankreich bezüglich der Abtreibung bei Weitem nicht die erste Stelle ein. Selbst in Deutschland ist die Zahl der bestraften Abtreibungen bedeutend höher. So wurden in den Jahren 1882—1901 wegen Abtreibung in Deutschland insgesamt 6231, in Frankreich dagegen nur 1377 Personen angeklagt[78]).

Im Einzelnen ergiebt sich für Frankreich aus dem von dem Garde des sceaux [Ministre de la justice] alljährlich seit 1827 herausgegebenen Compte général de l'administration de la justice criminelle [Paris, Imprimerie Nationale] wesentlich Folgendes:

Seit 1826 — mit diesem Jahre setzt die Statistik ein — befindet sich die Zahl der Anklagen und der Angeklagten wegen

---

[75]) Traité théorique et pratique du droit pénal français, 2e éd., t. IV, p. 730.

[76]) La vérité sur les enfants trouvés p. 18.

[77]) Mitgetheilt bei Ploss-Bartels, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde, 7. Aufl., Bd. I, S. 850.

[78]) Lewin, Die Fruchtabtreibung durch Gifte, 2. Aufl., S. 25.

Abtreibung bis 1855 in einem ständigen Steigen, und zwar im Durchschnitt von 12 zu 88 Angeklagten und von 8 zu 35 Anklagen jährlich. Von 1855 an ist aber ein gewisses Fallen bemerkbar. Doch darf daraus noch nicht auf eine Verminderung des Abtreibungsverbrechens geschlossen werden. Gegen eine derartige Annahme sprechen, wie der französische Justizminister in seinem Rapport relatif aux années 1826—1880 [79]) hervorhebt, zwei gewichtige Gründe. Einmal die Verfeinerung der Abtreibungsmittel — „depuis un certain nombre d'années les pratiques abortives ont été exercées avec une habilité scandaleuse et ceux qui s'y livrent parviennent trop souvent à dérouter les recherches de la police“ — und zweitens die Freisprüche der Geschworenengerichte. Die erste Behauptung, dass die in Frankreich überhandnehmende culturelle Decadenz, wie sie neuerdings Zola in „Fécondité“ geschildert hat, bei den verfeinerten Abtreibungsmitteln zu erschreckender Verbreitung des avortement geführt hat, wird in dem Rapport durch die Thatsache bestärkt, dass Abtreibungen auf dem Lande [40 %] weit seltener sind als in der Stadt [60 %], wogegen der Kindsmord wieder häufiger auf dem Lande ist [75 %], und dass auf 100 wegen Abtreibung verurteilter Frauen nur 29, beim Kindsmord aber 52 vollkommen ungebildeter kommen. Die zweite Behauptung erweist sich als begründet, wenn man bedenkt, dass in Frankreich, wo die Geschworenengerichte ja stets den natürlichen Gefühlen weit eher freien Lauf zu lassen und statt Härte und Rücksichtslosigkeit Milde und Nachsicht zu üben geneigt sind als bei uns, in einem ausserordentlich hohen Procentsatze die Anklagen wegen Abtreibung zur Freisprechung gelangen [40 %] oder bei Verurteilungen mildernde Umstände bewilligt werden [78 %], woran in dem Rapport mit Recht die Bemerkung geknüpft wird: „Les verdicts de la jury ne sont pas de nature à intimider les coupables et à prévenir les crimes.“ Und

[79]) Mitgetheilt bei Galliot, a. a. O. p. 112, 113.

daraus folgt noch, dass sich die Staatsanwaltschaft veranlasst sieht, alle nur einigermassen zweifelhaften Abtreibungssachen lieber unverfolgt zu lassen, als Verhandlungen heraufzubeschwören, von denen sie einen nutzlosen Erfolg voraussieht [80]. Deshalb ist, wie die nachfolgenden Zahlen beweisen [81], seit den letzten Jahren in Frankreich die Zahl der „Affaires laissées sans poursuites par le ministère public" bezüglich der Abtreibung erschreckend gewachsen:

	Affaires laissées sans poursuites		Affaires poursuivies
Im Jahre 1832 zählte man	24	auf	8
„ „ 1842 „ „	69	„	18
„ „ 1852 „ „	120	„	35
„ „ 1862 „ „	183	„	24
„ „ 1872 „ „	179	„	20
„ „ 1882 „ „	248	„	22
„ „ 1891 „ „	339	„	26

Bezüglich der vor den Gerichtshöfen der 86 französischen Departements zur Verhandlung gelangten Abtreibungsfälle seien wenigstens bezüglich der letzten Jahre von 1891—1901 [82]) drei ausführliche statistische Angaben mitgetheilt [83].

---

[80]) Dazu Gallard, De l'avortement au point de vue médico-légal, p. 13: „Les magistrats hésitent à poursuivre, tout en étant convaincus de la culpabilité des individus qu'ils font bénéficier d'une ordonnance de non-lieu [Niederschlagung], et seulement parce qu'ils ne croient pas être en mesure de faire passer la conviction qui les anime dans l'esprit du Jury, dont la bienveillance est souvent extrême, surtout lorsqu'il n'a devant lui d'autre accusé que la femme qui s'est fait avorter. Il est facile alors de faire appel à des sentiments d'indulgence et de commisération en présentant comme un péché pardonnable plutôt que comme un crime l'acte auquel cette femme s'est abandonnée." Im Jahre 1897 wurden sogar 25 von 49 Angeklagten freigesprochen.

[81]) Montier, a. a. O. p. 22.

[82]) Die Statistik für 1902 und 1903 war auf der Berliner Königlichen Bibliothek noch nicht zu erlangen.

[83]) Auch bei Lewin, a. a. O. S. 27 ff.

Ueber die Zahl der Angeklagten und der Verurtheilten zunächst ergiebt sich:

Jahr	Gesammtzahl der Angeklagten	Davon Frauen	Davon Männer	Gesammtzahl der Verurtheilten
1891	169	147	22	59
1892	97	91	6	35
1893	80	69	11	27
1894	69	62	7	29
1895	94	81	13	26
1896	79	71	8	23
1897	49	38	11	24
1898	65	59	6	26
1899	60	52	8	23
1900	73	64	9	28
1901	63	60	3	26

Aus dieser Zusammenstellung erhellt deutlich, dass in der Regel die Schwangere sich niemals ihre Frucht selber und allein abtreibt, vielmehr die Theilnahme Dritter — „l'amant et la matrone" — ausserordentlich gross ist, namentlich wenn man noch hinzunimmt, dass stets die Zahl der Anklagen weitaus kleiner ist als die der Angeklagten. So fanden in den Jahren 1851—1890 im Ganzen 946 Anklagen mit 2403 Angeklagten statt [84]), waren also die Angeklagten fast dreimal so zahlreich als die Anklagen.

Ueber den Familienstand der Angeklagten ferner ergiebt sich:

---

[84]) Montier, a. a. O. p. 22.

Jahr	Zahl der Angeklagten	Unverheirathet	Verheirathet mit Kindern	Verheirathet ohne Kinder	Verwittwet mit Kindern	Verwittwet ohne Kinder
1891	169	63	55	23	24	4
1892	97	53	29	4	9	2
1893	80	35	35	6	3	1
1894	69	27	19	7	9	7
1895	94	34	41	9	9	1
1896	79	33	22	12	11	1
1897	49	23	15	6	5	—
1898	65	28	21	10	6	—
1899	60	21	29	3	4	3
1900	73	29	25	7	10	2
1901	63	23	30	7	4	1

Aus dieser Zusammenstellung erhellt, dass Furcht vor Schande — die grosse Zahl der Unverheiratheten und Verwittweten — und Furcht vor Nahrungssorgen bei zu viel Kindern — die grosse Zahl der Abtreibenden mit Kindern — meist die Haupttriebfedern des Verbrechens sein werden.

Ueber das Alter der Angeklagten endlich ergiebt sich:

Jahr	Zahl der Angeklagten	Unter 16 Jahren	Von 16 bis 21 Jahren	Von 21 bis 25 Jahren	Von 25 bis 30 Jahren	Von 30 bis 40 Jahren	Von 40 bis 50 Jahren	Von 50 bis 60 Jahren	Von 60 Jahren und darüber
1891	169	—	10	19	31	55	34	13	7
1892	97	—	7	14	25	25	17	7	2
1893	80	—	4	18	14	20	18	3	3
1894	69	1	8	8	9	17	13	9	4
1895	94	1	7	11	16	28	22	5	4
1896	79	—	3	16	10	27	10	9	4
1897	49	—	5	7	8	6	16	6	1
1898	65	—	7	11	11	21	11	2	2
1899	60	—	7	9	9	14	11	7	3
1900	73	—	8	11	13	18	13	7	3
1901	63	—	8	8	8	16	14	5	4

Aus dieser Zusammenstellung erhellt, dass eine gewisse Altersreife und Erfahrenheit — und zwar hauptsächlich wohl auf Seiten der Theilnehmer — Voraussetzung der Abtreibung zu sein scheint, denn die meisten Abtreibungen werden zwischen 21—40 Jahren, allerdings auch der Hauptzeit der geschlechtlichen Thätigkeit, ausgeführt.

Was speciell die vor die Oeffentlichkeit gelangten Abtreibungsfälle in Paris anbetrifft, so ist ihre Zahl natürlich sehr gross[85]). Es wurden, wie Tardieu[85a]) nachgewiesen hat, zwar 1826—1830 in Paris nur 12 Personen wegen Abtreibung angeklagt, 1846—1850 aber bereits schon 48 und im Jahre 1853 allein 111 Personen. Doch bleiben diese Zahlen hinter der Wirklichkeit weit zurück. Nach Versicherung zahlreicher Sachverständiger und namhafter Gerichtsärzte — man denke auch an die Schilderungen Zolas in seinem oben bereits erwähnten Romane — wird in Paris die Abtreibung vollkommen geschäftsmässig, namentlich durch Hebeammen und in sogenannten Privatentbindungsanstalten, die in Wahrheit aber Abortiranstalten sind, betrieben. Manche Hebeammen führen über die vollzogenen Abtreibungen sogar in fast unumwundenen Ausdrücken Buch und machen ihre Operation um eine relativ geringe Belohnung. So nahm die in dem sich am 15. November 1891 zu Paris abspielenden Sensationsprocesse Thomas-Floury — hier kamen zunächst 118 Personen in Frage, von denen aber später 65 in Folge ordonnance de non-lieu wegfielen[86]) — eine Hauptrolle spielende Angeklagte

[85]) Ganz Aehnliches gilt für Berlin. Hier ist die grosse Zunahme der Verurtheilungen wegen Abtreibung geradezu auffallend. Deren Zahl war naeh Prinzing, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXII, S. 577, auf 10 000 strafmündiger Personen:

	1883—1887	1888—1892	1893—1897
In Berlin	0,18	0,28	0,53
In ganz Deutschland	0,07	0,08	0,11

[85a]) Étude médico-légale sur l'avortement, 4e éd., p. 5 suiv.

[86]) Näheres über diesen Process bei Floquet, Avortement et dépopulation p. 8 suiv.

Constance Thomas durchschnittlich nur 5—25 Francs für eine Abtreibung. Das Maximum von 50 Francs wurde selten erreicht. Dabei ist die Art des Kundschaftserwerbes oft eine geradezu raffinirte. „Des femmes exerçant ostensiblement la profession de marchande à la toilette ou quelque chose d'approchant", berichtet Rouyer[87]), „se présentent chez des femmes entretenues surtout, et, sous prétexte de leur offrir des dentelles ou d'autres objets de toilette, s'informent de leur santé etc., et dans le cas où une grossesse intempestive vient entraver leur genre de vie, leur proposent les moyens d'en abréger la durée, d'en prévenir les conséquences. Si la femme elle-même n'en a pas besoin, elle est priée d'en faire part à celles de ses amies qui peuvent s'y intéresser. Lorsqu'alors directement ou indirectement l'entremetteuse a découvert quelque malheureuse qui consente à adopter le moyen qui lui est proposé, on entre en arrangements, et, moyennant un prix variable, fixé et généralement payé d'avance, la sage-femme fournit la drogue qui doit procurer l'avortement."

Wir haben diese Stelle bei Rouyer hier mitgetheilt, weil sie bezeichnend für das schamlose Treiben gewisser Hebeammen in Paris ist, und weil sie gleichzeitig ein Verständniss dafür eröffnet, wie schwer es sein muss, derartige Abtreibungsfälle vor den Strafrichter zu bringen.

Ein weiterer, allerdings sehr wenig zuverlässiger Nachweis für die immer mehr und mehr zunehmende Verbreitung der Abtreibung in Frankreich findet sich in den Sterblichkeitsstatistiken. Denn ein Theil der Todtgeburten ist aller Voraussicht nach durch Abtreibung veranlasst. So kam im Jahre 1805 in Paris 1 Todtgeburt auf 1612,12 Einwohner, im Jahre 1840 dagegen bereits 1 auf 340,90, was bis zu einem gewissen Grade durch die sich steigernde Häufigkeit von Abtreibungen bedingt sein dürfte[88]). In ganz Frankreich war im jähr-

---

[87]) Études médicales p. 79.

[88]) Ploss-Bartels, a. a. O. Bd. I, S. 849.

lichen Durchschnitte die Zahl der Todtgeburten von 100 Geburten [89]):

1841	bis	1845 . . .	3,2
1846	„	1850 . . .	3,6
1851	„	1857 . . .	4,1
. . .	. . .	. . .	. . .
1886	„	1889 . . .	4,5

Hierzu ist noch hinzuzufügen, dass die ausserehelichen Todtgeburten das Hauptcontingent aller Todtgeburten stellen. Auf 100 aussereheliche Geburten kamen 1884—1888 durchschnittlich 8,3 Todtgeburten, auf 100 eheliche Geburten dagegen nur 4,3 [90]). Eine gewisse Bestätigung dafür, dass viele Todtgeburten künstliche sind, da ja die Abtreibung hauptsächlich von unehelich Geschwängerten ausgeübt wird.

Endlich sind — freilich noch weniger zuverlässig als die Sterblichkeitsstatistiken — auch die Statistiken der Morgue in Paris [91]) bezüglich der Verbreitung des criminellen Abortus nicht ganz ausser Acht zu lassen. So giebt Foley an, dass auf der Morgue die Zahl der unreif ausgestossenen Kinder in wachsender Zunahme begriffen ist. In den Jahren 1846—1850 waren 683 unausgetragene Kinder eingeliefert. Von ihnen stammten 519 aus den ersten 6 Monaten. Sicherlich die Mehrzahl dieser meist in den „égouts“ von Paris gefundenen Embryos wird abgetrieben worden sein [92]). Man hätte ihnen sonst nicht derartige Grabstellen gegeben. In den späteren Jahren stellen sich im jährlichen Durchschnitte die Zahlen folgendermassen [93]):

	Fötus	Neugeborene
1851 bis 1859 (10 Jahre) . .	49	45
1860 „ 1869 „ „ . .	57,3	80,8
1870 „ 1879 „ „ . .	66,5	75,5

[89]) Montier, a. a. O. p. 23.
[90]) Montier, a. a. O. p. 24.
[91]) Foley, Étude sur la statistique de la Morgue, 1850—1879.
[92]) So auch Ploss-Bartels, a. a. O. Bd. I, S. 849.
[93]) Montier, a. a. O. p. 24.

	Fötus	Neugeborene
1880 bis 1889 (10 Jahre) . .	93,2	99,1
1890 „ 1891 (2 Jahre) . .	106	105
1892 „ 1893 „ „ . .	83	108

Zum Schlusse dieses einleitenden Capitels über die Geschichte und Verbreitung der Abtreibung noch in aller Kürze zwei Statistiken über die Zeit der Abtreibung. Einmal die von Tardieu, der diesbezüglich 88 Fälle beobachtet hat, und von Brouardel, dem 53 Fälle vorlagen. Davon wurden abgetrieben:

	Tardieu	Brouardel	Gesammtsumme
In den ersten 3 Monaten der Schwangerschaft	30	15	45
Im 3. bis 6. Monate der Schwangerschaft .	39	28	67
Nach 6 Monaten der Schwangerschaft . .	19	10	29

Somit wird am meisten in der Zeit vom 3. bis 6. Monate der Schwangerschaft abgetrieben. Nichts ist natürlicher als das. Zunächst bleibt die Menstruation zum ersten Male aus. Die Schwangere hält dies für eine blosse Unregelmässigkeit und nicht für ein Zeichen ihrer Schwangerschaft. Dann bleibt die Menstruation zum zweiten Male aus. Die Schwangere beginnt sich mit ihrem Zustande zu beschäftigen und wendet meist harmlose Mittel an [Fussbäder, Thee u. s. w.], um die Störung des Monatsflusses zu beseitigen. Doch die Menstruation bleibt auch zum dritten Male aus. Und nun beschliesst die Schwangere, von ihrer Schwangerschaft erst jetzt wirklich überzeugt, sich ihre Leibesfrucht abzutreiben [93a]).

Die zweite Statistik ist die von Lacassagne [94]) aufgestellte merkwürdige Statistik über die Abhängigkeit des Abtreibungsverbrechens von den Jahreszeiten. Der künstliche Abortus ist nämlich, so behauptet Lacassagne, in bestimmten Monaten besonders häufig, und zwar immer im vierten oder fünften Monate nach den Monaten, in denen die meisten Conceptionen liegen.

93a) Dazu Brouardel, L'avortement, p. 47, 48.

94) Marche de la criminalité en France de 1825—1880, p. 22 suiv.

Danach kommt die Abtreibung im Januar am dritthäufigsten vor [conceptions de septembre, époque des récoltes]. Ihre Zahl sinkt im Februar, steigt im März aufs Maximum [conceptions du vin nouveau], sinkt dann wieder im April, steigt darauf von Neuem im Mai [conceptions des veillées de décembre, du jour de l'an], sinkt im Juni [conceptions du carnaval], und noch tiefer im Juli und August. Im September ist dann wieder eine Steigerung bemerkbar [la poussée printannière] und desgleichen im November und Dezember [conceptions des mois génésignes].

II.

Gegenwärtige Gesetzgebung.

A. Begriffsbestimmung.

In unserem deutschen Strafgesetzbuche ist der durchaus herrschenden Ansicht nach[95]) die Abtreibung ein Tödtungsverbrechen. Eine bindende Definition ist allerdings vom Gesetzgeber nicht gegeben. Doch werden für eine Auffassung in dem angegebenen Sinne vor Allem die Entstehungsgeschichte des mit dem § 218 Str. G. B. fast gleichlautenden § 181 des alten preussischen Strafgesetzbuches von 1851 in Verbindung mit der seiner Zeit diesem Paragraphen gewordenen Auslegung, das Schweigen der Motive über eine veränderte Auffassung und besonders die Aufnahme der Abtreibung unter die „Verbrechen und Vergehen wider das Leben" angeführt. Die Abtreibung wird daher bei uns gewöhnlich als vorsätzliche rechtswidrige Tödtung einer menschlichen Leibesfrucht definirt. Und daraus folgt mit Nothwendigkeit, dass die Frucht unmittelbar vor der abtreibenden Handlung gelebt haben und durch dieselbe getödtet worden sein muss.

---

[95]) Siehe Olshausen, Commentar, 6. Aufl., Bd. II, S. 774, Anm. 1 zu § 218 Str.G.B. und die dort Angeführten, sowie ausserdem noch R. Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes S. 54, und Heimberger, Strafrecht und Medicin S. 27.

Ganz anders im französischen Rechte. Hier ist und war schon, wie wir oben sahen, zur Zeit Heinrich's II. und im code von 1791 die Abtreibung kein Tödtungsverbrechen. Eine gesetzliche Definition ist freilich auch im code pénal nicht vorhanden. Aber einerseits steht die Abtreibung in der section II des titre II unter der Ueberschrift „Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, et autres crimes et delits volontaires", andererseits verlangt die gesammte Wissenschaft und Praxis einstimmig nicht Tödtungsabsicht wie bei uns. „En matière d'avortement criminel", sagt Lemoine[96]), „le produit de conception n'entre pas en cause." Der Begriff Abtreibung wird dementsprechend von den meisten Schriftstellern dahin bestimmt, dass im Sinne des art. 317 Abtreibung die „expulsion prématurée et violemment provoquée du produit de la conception, indépendamment de toutes les circonstances, de l'âge, de viabilité et même de formation régulière" ist[97]). Treffend bemerkt dazu Tardieu[98]): „Que le foetus soit vivant ou mort, qu'il ait atteint l'époque de la viabilité ou qu'il soit aux premiers temps de sa formation, ni les conditions physiques, ni les conditions intentionnelles ou morales de l'avortement ne changent. Admettre une autre théorie, c'est se jeter volontairement et comme à plaisir dans des difficultés et des incertitudes sans nombre; c'est ressusciter ces discussions scolastiques oiseuses où l'on distinguait l'avortement de l'effluxion, le foetus sans âme du foetus animé; c'est mêler les questions si diverses et si

---

[96]) De l'avortement criminel p. 8.

[97]) So z. B. Tardieu, a. a. O. p. 4; Montier, a. a. O. p. 7; Lemoine, a. a. O. p. 8; Garraud, a. a. O. t. IV, p. 708; Galliot, a. a. O. p. 117; Briand-Chaudé, Médecine légale 10e éd., t. I, p. 214; Brouardel, a. a. O. p. 40; Bailleux, Les délits contre l'enfance p. 76; Michel in der Grande Encyclopédie t. IV, p. 947, und für das russische Recht, unter Berufung auf den französischen Cassationshof, Tardieu und Andere, Taganzew, Verbrechen gegen das Leben Bd. II, S. 259.

[98]) A. a. O. p. 5.

spéciales qui ont pour objet la viabilité et l'infanticide, questions que l'on ne doit pas confondre entre elles; c'est ne pas comprendre que l'avortement n'est même pas le foeticide, et qu'en réduisant le problème à sa véritable expression, c'est-à-dire à l'expulsion criminelle et prématurée du produit de la conception, on a le double avantage de simplifier les recherches et d'en assurer les résultats"[99]).

Dies ist, wie von fast allen Schriftstellern versichert wird, auch der Standpunkt der Praxis. Tardieu[100]) macht uns darüber noch folgende, sehr interessante Mittheilung: „Un foetus parvenu à une époque avancée de la vie intra-utérine peut-être expulsé avant terme par le fait de manoeuvres criminelles qui ne portent pas atteinte à son existence. Il est vivant et trompe ainsi les intentions de ceux qui ont provoqué sa naissance prématurée. On le fait disparaître par un nouveau crime. Je ne parle pas par hypothèse; j'ai vu plusieurs de ces cas; et il s'en est présenté encore le 1er mai 1863, devant la cour d'assisses de la Marne. Dans l'un, un foetus de sept mois expulsé vivant après une opération abortive, pratiquée sur la matrice, a été jeté dans les latrines; dans l'autre, le foetus, après l'avortement, a été étouffé dans une armoire. Enfin, plus récemment, un foetus expulsé à six mois et demi par une opération abortive, est mort au bout de neuf heures par débilité congéniale. L'accusation a porté à la fois sur les deux faits d'avortement et d'infanticide."

Demnach wird zum Thatbestande des vollendeten Verbrechens der Abtreibung lediglich eine vorsätzlich bewirkte rechtswidrige Ausstossung der Frucht aus dem Mutterleibe erfordert, einerlei, ob in der Absicht zu tödten oder in der Absicht zu gefährden oder in keiner von beiden Absichten, einerlei,

---

[99]) Vgl. auch Galliot, a. a. O. p. 117: „Évidemment, notre législation qni n'exige pas le corps du délit, comme les lois allemandes, américaines etc., est plus favorable que tout autre à la recherche du crime".

[100]) A. a. O. p. 3.

ob mit dem Erfolge der Tödtung oder mit dem Erfolge der Lebensgefährdung oder mit keinem von beiden Erfolgen, einerlei, ob die Frucht lebte oder nicht lebte oder überhaupt nur eine Mole war. Die Gestaltung des Fötus vor der Ausstossung und seine Gestaltung nach der Ausstossung sind für den Begriff des Verbrechens und seine Vollendung vollkommen gleich.

Das avortement des code pénal umfasst also vier verschiedene Fälle:

1. Die Frucht hat zur Zeit der abtreibenden Handlung gelebt und ist durch diese getödtet.

2. Die Frucht hat zur Zeit der abtreibenden Handlung nicht mehr gelebt und ist durch diese nur ausgestossen.

3. Die abgetriebene Frucht ist lebend zur Welt gekommen und nachher in Folge der Abtreibung gestorben.

4. Die abgetriebene Frucht ist lebend zur Welt gekommen und nachher trotz der Abtreibung am Leben geblieben[101]).

Alle diese vier Fälle stehen trotz ihrer grossen Verschiedenheit begrifflich auf derselben Stufe. Doch wird dieser Nachtheil praktisch dadurch ausgeglichen, dass ihre Ahndung in Folge des relativen Strafmaasses und der nach art. 463 c. p. zugelassenen mildernden Umstände stets erheblich anders ausfallen wird. In dieser Hinsicht bemerkt zutreffend Michel[102]): „En fait, si l'on ne doit pas négliger les renseignements qui peuvent être tirés de l'état du produit expulsé, tel que l'âge, l'état de mort anticipée et de non-vialibilité, le système des circonstances atténuantes permet d'en tenir un compte suffisant.“ Mag man dies aber trotzdem einen Nachtheil nennen — dafür besteht auf der anderen Seite der grosse, nicht hoch genug zu schätzende Vortheil, dass das Verbrechen der Ab-

---

[101]) Aehnlich für das deutsche Recht Wächter im Gerichtssaal Bd. XXIX, S. 10. Scharf dagegen vor allem Binding, Die Normen und ihre Uebertretung Bd. II, S. 514 ff. und Horch, Das Verbrechen der Abtreibung S. 59 ff.

[102]) A. a. O. p. 947.

treibung nicht auf den einen so äusserst schwer nachweisbaren Fall zu 1 beschränkt ist.

Die weiteren mannigfaltigen Folgerungen aus der obigen Auffassung der Abtreibung im code pénal werden sich aus den Ausführungen weiter unten im Einzelnen ergeben.

B. Grund der Strafbarkeit.

I. Nur die schuldhafte That wird bestraft, welche Lebensgüter der Menschheit derart angreift, dass die übrigen Reactionsmittel der Gesellschaft nicht ausreichen, um die That zu tilgen oder unwirksam zu machen [103]).

Welches Lebensgut ist nun bei der Abtreibung in solcher Weise verletzt, dass der Gesetzgeber einschreiten musste? Eine schwierige Frage! Schwierig insofern, als gerade in dem weit mehr der Casuistik als der theoretischen Construction zugewandten französischen Rechte die Stellungnahme des code pénal weder ausdrücklich vom Gesetzgeber ausgesprochen, noch sonst irgendwie wissenschaftlich untersucht worden ist. Doch das darf nicht hindern, nach dem mehr instinctiv empfundenen, als klar gedachten Principe, das zweifellos im art. 317 ruht [104]), zu forschen.

II. Die Zahl der Lebensgüter, die von der Abtreibung betroffen sein können, ist eine grosse. Um den leitenden Gesichtspunkt, aus dem heraus in Frankreich die Abtreibung als Verbrechen angesehen wird, zu finden, müssen daher sämmtliche möglichen Bestrafungsgründe nicht nur an Regelfällen, sondern auch an Ausnahmefällen geprüft werden. Denn nur an den Grenzen bewährt sich die Richtigkeit der Construction.

III. Von den Lebensgütern sind in erster Linie diejenigen in Betracht zu ziehen, die sich in subjectiven Rechten ver-

---

[103]) Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., S. 152.

[104]) A. A. Hrehorowicz, Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht S. 95, wo es vom code pénal heisst: „Der Mangel eines leitenden Princips macht sich hier besonders fühlbar.“

körpern. Und zwar kommen hier deren drei in Frage: Rechte der Leibesfrucht, Rechte der Mutter, und endlich Rechte von Dritten.

a) Für das geltende Deutsche Recht herrscht so gut wie Uebereinstimmung darüber, dass bei der Abtreibung als Tödtungsverbrechen das Leben des ungeborenen Menschen Rechtsgut ist und die Abtreibung als ein Eingriff in ein Recht der Leibesfrucht auf Leben bestraft wird [105]).

Diese Anschauung, welche den Fötus strafrechtlich nicht als mulieris portio [l. 1, § 1, D. 25, 4] betrachtet, sondern ihn nach dem Ausspruche Tertullians „homo est et qui est futurus“ [apologet. c. 9] mit dem Menschen auf gleiche Stufe

[105]) Gegen diese Auffassung des Gesetzgebers und diesen heutigen Strafbarkeitsgrund Horch, a. a. O. S. 64: „Es lässt sich nicht leugnen, dass die gegenwärtige Auffassung des Strafgesetzbuchs, wonach dem Fötus ein selbständiges Recht auf Leben zusteht, als dessen Verletzung die Abtreibung erscheint, sich weder vom juristischen noch vom natürlichen Standpunkt aus rechtfertigen lässt; denn an und für sich kann der Fötus, da er kein Mensch ist, vielmehr in allen seinen Lebensbedingungen von der Mutter abhängig, als pars mulieris erscheint, nicht Subject von Rechten sein, also auch ein Recht auf Leben nicht beanspruchen“; Pfizer im Gerichtssaal Bd. XXVIII, S. 45: „Ist die Frucht im Mutterleibe ein Mensch? Sie ist zwar ein belebtes Wesen und wird wahrscheinlich einmal ein Mensch werden, aber sie ist noch kein Mensch, so wenig wie das Hühnerei ein Huhn ist; der Begriff des Menschen muss für das gesammte Recht derselbe, kann nicht ein anderer für das Privatrecht, ein anderer für das Strafrecht und wieder ein anderer für das sonstige öffentliche Recht sein. Der nasciturus ist aber im Privatrecht kein Mensch, und bei keiner Volkszählung werden die Kinder im Mutterleibe mitgerechnet; die Tödtung der Frucht ist also überhaupt streng genommen kein Verbrechen gegen das menschliche Leben; die Frucht ist pars ventris“; ferner von Lilienthal in der Festgabe für Bekker S. 11; Hrehorowicz, a. a. O. S. 3 ff.; von Jhering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Bd. I, S. 503 und Kohler, Einführung S. 169, 170. Dieser sich immer mehr und mehr Bahn brechenden Ansicht war schon Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung [1785] S. 172; „Meines Erachtens sollte die Abtreibung des Embryo nie als ein wirklicher Todtschlag angesehen werden. Er war, als noch nicht geboren, noch kein lebendiger Mensch, und es ist niemalen gewiss, ob er einer geworden wäre.“

stellt und deshalb in der Abtreibung ein homicidium [Can. 20, causa II, qu. 5] erblickt, ist ganz zweifellos nicht die des code pénal[106]). Denn hier ist Abtreibung auch die Ausstossung der Frucht, die nie gelebt hat, der Frucht, die später noch weiter lebt, ja selbst der Frucht, die keine „formation régulière“ besitzt. In Folge der französischen Revolution mit ihrer oben bereits auseinandergesetzten völligen Umgestaltung in der Behandlung der Abtreibung athmet art. 317 c. p. nicht mehr den Geist der mittelalterlichen Zeit mit ihrer Auffassung von der Kindstaufe und der ewigen Verdammniss ungetaufter Seelen und mit ihrem Glauben, dass durch die Abtreibung Gott um das servitium suae creaturae gebracht und seine schöpferische Thätigkeit vereitelt würde [decret. Grat. caus. 32, qu. 2, c. 7], dass die Kirche einen Gläubigen weniger erhielte, und dass die Erde und die Welt ein Wesen verlören, das sie ausschmücken und bewundern sollte.

b) Ebensowenig wird die Abtreibung im französischen Rechte deshalb geahndet, weil sie eine Verletzung der körperlichen Integrität der Schwangeren ist. Das war der Standpunkt des code von 1791, ist aber nicht mehr der des heutigen Gesetzbuchs. Denn dem steht unüberwindlich entgegen, dass nicht nur der mit Einwilligung der Schwangeren abtreibende Dritte, sondern auch die selbstthätige Schwangere bestraft werden.

c) Dass endlich die Abtreibung nicht aus dem Grunde pönalisirt ist, weil subjective Rechte dritter Personen — beispielsweise Erbrechte oder, wie im römischen Rechte, Vaterschaftsrechte [l. 4, D. 47, 11, l. 8, D. 48, 8] — ist zu offensichtlich und bedarf keiner weiteren Hervorhebung.

IV. Es giebt auch personenlose Interessen des Menschenlebens und der Culturordnung, welche nothwendig den strafrechtlichen Schutz finden müssen[107]).

---

[106]) Vgl. dazu auch Tissot, Le droit pénal étudié dans ces principes, 3e éd., t. II, p. 177.

[107]) Kohler, Einführung S. 155.

Welche dieser allgemeinen Culturinteressen können nun bei der Abtreibung angegriffen sein?

a) Es wäre möglich, die Abtreibung als ein Verbrechen gegen die Ehe zu betrachten, indem man berücksichtigte, dass die Ehe ihren Zweck und Gehalt verlöre, wenn es den Eltern freistände, die natürlichen Folgen der ehelichen Verbindung beliebig zu beseitigen. Aber einer solchen Auffassung widerspricht schon allein der Umstand, dass auch die ledige Schwangere, die sich ihre Leibesfrucht abtreibt, Strafe findet.

b) Man hat erklärt, die Strafbarkeit der Abtreibung müsse „in erster Linie und unmittelbar auf der Unsittlichkeit der Handlung“ beruhen[108]).

Demgemäss würde bei der Abtreibung die Sittlichkeit als solche — wie etwa beim Inzeste oder der widernatürlichen Unzucht — geschütztes Lebensgut der Gesammtheit sein, wobei freilich der Begriff Sittlichkeit hier als ein anderer aufzufassen wäre als der im Sinne der section IV des livre III, titre II des code pénal und der im Sinne des 13. Abschnittes unseres Strafgesetzbuches. Denn dort ist stets eine der Befriedigung des Geschlechtstriebes unmittelbar oder mittelbar dienende Handlung vorausgesetzt, Sittlichkeit also dasselbe wie Züchtigkeit. Und das wird wohl heute — früher war das vom kanonisch-kirchlichen Gesichtspunkt aus allerdings anders, wie schon oben angedeutet wurde[109]), — kaum Jemand ernsthaft behaupten wollen, bei Straflosigkeit der Abtreibung würden leichter nichteheliche Verbindungen eingegangen, und auch sonst werde durch eine erlaubte Beseitigung der Folgen des Geschlechtsverkehrs der Unzucht derart Vorschub geleistet, dass der Gesetzgeber vom Standpunkte der geschlechtlichen Sittlichkeit aus die Abtreibung verbieten müsse.

---

[108]) So Pfizer, a. a. O. S. 46; Jungmann, Das Verbrechen der Abtreibung S. 40, 41 und bezüglich der abtreibenden Schwangeren Hrehorowicz, a. a. O. S. 14.

[109]) Siehe S. 369.

Der Begriff Sittlichkeit muss vielmehr ein anderer sein und Sittlichkeit hier dasselbe wie Moral bedeuten.

Der Ansicht, dass die Abtreibung als eine Unsittlichkeit in diesem Sinne überhaupt zu bestrafen sei[110]) und speziell nach französischem Rechte bestraft werde, ist nicht zu folgen.

α) Natürlich würde es nicht genügen, wenn wir zur Begründung dieser, die obige Behauptung ablehnenden Ansicht nur darauf hinwiesen, für Jeden, der geschichtlich denken könnte, müsste es von vornherein klar sein, dass der ganz vom Prinzipe der reinen Zweckmässigkeit durchdrungene code pénal von einer derartigen ethischen Anschauungsart in jeder Weise unberührt geblieben ist. Denn was der Gesetzgeber gewollt und gedacht, ist zwar wichtig, nie aber ausschlaggebend und für sich allein genügend[111]).

---

[110]) Das, was für die Unsittlichkeit der Abtreibung bisher angeführt wurde, ist so oberflächlich, dass es nur einer Wiedergabe, keiner Widerlegung bedarf. So erklärte Hrehorowicz, a. a. O. S. 13: „Die Ansicht von der Unsittlichkeit der Abtreibung wurzelt hauptsächlich in der Unsittlichkeit des ausserehelichen Geschlechtsverkehrs“; Pfizer, a. a. O. S. 467: „Wie der Selbstmord unsittlich ist, so ist es auch unsittlich, wenn die Schwangere einen Theil ihres Selbst tödtet“; Jungmann, a. a. O. S. 40: „Heute dagegen herrscht die Anschauung, dass jede Abtreibung unmoralisch ist“, und endlich Cappelmann bei Otto, Künstliche Unfruchtbarkeit des Weibes, 6. Aufl., S. 4: „Der eheliche Coitus ist der natürlichen Ordnung nach dazu da, die Erzeugung von Nachkommen zu bewirken. Jedes Mittel also, welches dazu dient, diesen natürlichen Zweck zu vereiteln, ist gegen die Natur, ist naturwidrig und deshalb unmoralisch. Diese Auffassung ist so klar und so allgemein anerkannt, dass man gar nicht nöthig hat, darüber Moralisten zu befragen. Jeder Mensch, Mann oder Weib, dessen natürliches Sittlichkeitsgefühl nicht gänzlich abgestumpft ist, wird ohne Zögern diesen Satz zugeben. Was aber widernatürlich ist, ist an sich schlecht und unmoralisch und deshalb unter allen Umständen verboten.“ Dieser letzteren Ansicht seien nur die Worte Schmoller's, Grundriss der allgemeinen Volkswirthschaftslehre, Theil 1, 6. Aufl., S. 176, entgegengehalten, der bezüglich solcher Eingriffe in die Naturordnung vom Standpunkte der Moral aus treffend sagt: „Das geht zu weit. Menschliche Voraussicht und planmässiges Handeln muss, wie überall, so auch hier erlaubt sein.“

[111]) Dazu Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, S. 130 ff.

β) Ebensowenig würde der Einwand stichhaltig sein, es habe Völker gegeben, bei denen die Abtreibung nicht als unsittlich angesehen worden wäre — man denke etwa an das Griechenland der Vergangenheit, wo trotz höchster Cultur die Abtreibung ungescheut geübt wurde, ja selbst ein Aristoteles, ein Plato, ein Hippokrates sie ausdrücklich in gewissen Fällen empfahlen [112]) — und es gäbe noch Völker, bei denen die Abtreibung nicht als unsittlich angesehen werde — man denke an zahlreiche sogen. Naturvölker, wo man ungestraft und ohne moralische Bedenken abtreibt und eine glücklich erfolgte Abtreibung sogar, wie beispielsweise auf den Tami-Inseln, durch eine Freudenmahlzeit feiert [113]). Denn einerseits hat sich die, natürlich der Entwickelung unterworfene ethische Anschauung über die Abtreibung im Laufe der Jahrhunderte erheblich geändert und ist den sogen. Naturvölkern von Sittlichkeit als einer höheren, den Einzelnen durch die Macht individueller Lebensanschauung beherrschenden Ordnung nichts bekannt [114]). Andererseits ist jede metaphysisch-idealistische Ethik als die vorschreibende, nicht beschreibende Wissenschaft vom Seinsollenden von allem Sein völlig unabhängig, und lässt sich nach Kants berühmtem Worte das Sollen aus dem Sein nicht „herausklauben".

γ) Gegen die Ansicht von der Unsittlichkeit der Abtreibung lässt sich vielmehr einzig und allein Folgendes in durchschlagender Weise sagen:

Ueberall da, wo wie bei der Abtreibung der Gesetzgeber nur das Aeussere, das ist die That, ins Auge gefasst und nicht in irgend einer Weise — sei es nun in Form eines beigefügten Umstandswortes oder Eigenschaftswortes, sei es sonstwie in anderer Art — eine besondere unethische Gesinnung

---

[112]) Vgl. Näheres bei Galliot, a. a. O. p. 61 ff.

[113]) Belege dafür bei Niboer im Correspondenzblatt der deutschen Anthropologischen Gesellschaft, Jahrg. 34, S. 147 ff. und bei Ploss-Bartels, a. a. O. Bd. I, S. 842 ff.

[114]) So Kohler in Helmolt's Weltgeschichte Bd. 1, S. 46.

zum Thatbestandsmerkmal erhoben hat, könnte nur dann Unmoralität Strafbarkeitsgrund sein, wenn in allen Fällen, in denen die That unter Strafe gestellt ist, auch eine ihr zu Grunde liegende unsittliche Gesinnung gegeben ist [115]). Denn unsittlich ist — falls man nicht auf dem Boden einer autoritativen theologischen Moral steht [116]) — nie eine That als solche. Empirisch lässt sich, wie schon oben bemerkt wurde, die Frage nach der Sittlichkeit einer Handlung nicht entscheiden, einmal, „weil in der Erfahrung allemal nur die That gegeben ist, die Antriebe aber nicht zu Tage liegen“ [117]), und dann, weil dieses uns empirisch bekannte Aeussere überhaupt nicht für die moralische Beurtheilung in Betracht kommt. Eine reine Moralphilosophie ist „von allem, was nur empirisch sein mag“, frei zu halten [118]). Denn das Sittengebot ist unbedingt. Nichts Empirisches kann aber unbedingt gelten [119]). Deshalb giebt es nur ein unwandelbar, unter jeder Bedingung Gutes — die Sittlichkeit des Willens. „Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch ausser derselben zu denken möglich,“ sagt Kant [120]), „was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille.“

---

[115]) Aehnlich Kohler bezüglich der Mentalreservation in Jhering's Jahrbüchern Bd. 16, S. 96, wo es heisst: „Ist die Mentalreservation nur aus ethischen Gründen verwerflich, so muss sie konsequent überall da zugelassen werden, wo diese Gründe durch höhere Gründe aufgewogen oder aufgehoben werden; wo solche Gründe schweigen, da muss die Mentalreservation ihr Haupt erheben, denn nur diese Gründe sind es, welche die ihr eigene Lebenskraft zerstören könnten.“

[116]) Das thut beispielsweise Jungmann, a. a. O. S. 40, 41, der erklärt, dass seine Auffassung von der Unsittlichkeit der Abtreibung „ihre feste Grundlage im Christenthum, in der christlich-ethischen Anschauung“ und „Deutschland sich den Charakter eines christlichen Staates noch bewahrt“ habe.

[117]) Schopenhauer, Grundlage der Moral [Reklam'sche Ausgabe] S. 584.

[118]) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [Reklam'sche Ausgabe] S. 14 ff., 40 ff., 62.

[119]) Näheres bei Kant, a. a. O. S. 21 ff. [120]) A. a. O. S. 21.

Das sittliche Urtheil richtet sich also stets auf die That, sofern sie gewollt ist, nicht auf die That, sofern sie geschah und gewisse Folgen hatte, mag man sich nun auf den Boden einer Vernunftmoral oder den einer Gefühlsmoral stellen.

Ist nun der Wille, welcher der Abtreibung zu Grunde liegt, stets ein unsittlicher? Dass die Antwort darauf eine verneinende sein muss, ergiebt sich klar, wenn man erwägt, „von wie viel ethischen Faktoren im einzelnen Falle die Frage der Sittlichkeit oder Unsittlichkeit abhängt“ [121]), und wenn man bedenkt, dass das Relative das einzig Absolute ist, das wir kennen. Selbst falls man in thesi die Gesinnung bei der Abtreibung regelmässig für unsittlich erklärt — einerseits wird oft ein sogenannter Pflichtenconflict gegeben sein, indem die Pflicht zur Austragung der Leibesfrucht mit einer wirklich oder vermeintlich höheren moralischen Pflicht gegen sich oder gegen andere derart zusammentrifft, dass beide Pflichten nicht zugleich erfüllt werden können und die geringere der höheren weichen muss [122]), andererseits wird das sittliche Urtheil ganz verschieden ausfallen, je nach dem Maasse der Einsicht, je nach der Weite des geistigen Horizontes bei der betreffenden Person [123]). Es darf daher — auch ohne eine Anführung von Beispielen — als zweifellos hingestellt werden, dass es Fälle geben kann und auch wirklich Fälle giebt, wo die Abtreibung vom moralischen Standpunkt aus jedenfalls nicht in hohem Maasse verdammungswürdig ist und trotzdem schwer bestraft wird.

Und das ist ein Ergebniss, welches keineswegs befremden

---

[121]) Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. VI, S. 183.

[122]) Schon Airault, Propositions dictées au Collège à Paris [1644] p. 322: „si honesta puella invita ab adolescente adultero corrupta fuisset, ante animationem foetus potest illum excutere, ut multi volunt, ne honorem suum amittat.“

[123]) So bemerkt Hrehorowicz, a. a. O. S. 13, dass die Achtung vor dem Fötus als einem Wesen, das einst Mensch wird, „in der ersten Schwangerschaftszeit von der Volksmasse nie erkannt und kaum begriffen wird“. Ebenso Horch, a. a. O. S. 64. Siehe auch das charakteristische Beispiel bei Ploss-Bartels, a. a. O. S. 851.

darf. Die Moral macht eben Unterschiede, welche das Strafrecht nicht kennt, und das Strafrecht Unterschiede, welche die Moral nicht kennt. Einem Meineide können sittliche Gründe zu Gebote stehen [124]) und ein Mord selbst nach Kant's strenger Sittenlehre moralisch gut sein [125]), ohne dass das Strafrecht darauf Rücksicht nimmt, wie umgekehrt das Strafrecht wieder den nicht ahndet, der irrthümlich einen Meineid zu schwören glaubt, aber rechtzeitig vom Verbrechen zurückgetreten ist, ohne dass hier vor dem Forum der Moral irgend ein Unterschied zwischen dem besteht, der wirklich einen Meineid leistete oder zu spät vom Verbrechen zurücktrat [126]).

Die Ansicht, dass die Unmoralität der Abtreibung „in erster Linie und unmittelbar“ der Grund ihrer Bestrafung ist, darf sogar als eine Verkennung des Wesens des Strafrechts bezeichnet werden, welches sich grundsätzlich nicht gegen den Willen, sondern gegen den schädigenden Erfolg wendet, welches nicht das Innenverhältniss des Handelnden zu seiner Handlung, sondern das Aussenverhältniss anderer zu der Handlung betrachtet, welches nicht ein Produkt der Ethik, sondern ein Produkt der Noth ist [127]).

c) Nur ein Gesichtspunkt bleibt noch übrig, aus dem heraus die Abtreibung bestraft werden kann — der bevölkerungspolitische [128]). Allerdings weder in der ganz verschwommenen

---

[124]) Schopenhauer, a. a. O. S. 606 und in Zur Rechtslehre und Politik S. 273 ff.

[125]) Vgl. Paulsen, Immanuel Kant, sein Leben und seine Lehre, S. 333.

[126]) Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre S. 64.

[127]) Dazu wieder Klee, a. a. O. S. 58, 65.

[128]) Diesen bevölkerungspolitischen Gesichtspunkt hatten — allerdings nach der umgekehrten Richtung hin — schon Plato [Leges lib. V] und Aristoteles [Politic. lib. VII, c. XIV, 10], welche die Abtreibung zur Erhaltung des Gleichgewichts der Bevölkerung empfahlen und deshalb lehrten, die Zahl der zu gebärenden Kinder solle gesetzlich bestimmt und der Ueberschuss pflichtgemäss abgetrieben werden, vgl. dazu Schmoller, a. a. O. Bd. I, S. 173. Aehnlich noch heute auf Formosa, wo gesetzlich aus bevölkerungspolitischen Gründen keine Frau vor ihrem

und deshalb völlig unbrauchbaren Art, dass man mit Ziegler[129]) erklärt, die Abtreibung sei eine Verletzung der Rechte der Menschheit, deren Gattung das sich im weiblichen Organismus entwickelnde Wesen offenbaren soll, noch auch in der zu engen Art, dass man mit Cicero [pro Cluentio, cap. 11] von einem „auferre designatum rei publicae civem" redet und mit dem englischen Fleta aus dem 13. Jahrhundert die Abtreibung verpönt, „weil dadurch eine Beeinträchtigung des Staates gegeben sei" [130]), noch endlich in der zu weiten Art, dass man mit Jhering[131]) sagt, die menschliche Gesellschaft würde durch die Abtreibung in ihrer „Lebensbedingung" erschüttert, da, wenn alle abtreiben würden, es „um die Gesellschaft geschehen" wäre. Jhering hat allerdings insofern Recht, als seine Auffassung den richtigen Kern enthält, dass wir nicht nur Unterthanen das Staates, Steuerzahler und Soldaten sind, sondern auch Glieder der menschlichen Gesellschaft, welche unser Staatsgebiet füllt. Sie wird aber nach der Richtung hin nicht den realen Verhältnissen gerecht, als es einem grossen europäischen Kulturvolke wie Frankreich und Deutschland nie so wie manchem der Naturvölker ergehen wird, die ihr rapides Zusammenschmelzen und ihr endgültiges Verschwinden von der Erde zu einem nicht geringen Theile der Abtreibung verdanken[132]).

---

36. Lebensjahre Kinder haben darf und sich vor diesem Zeitpunkt ihre Leibesfrucht abtreiben muss, vgl. Letourneau, La sociologie d'après l'éthnographie p. 137.

[129]) Die Theilnahme an einem Verbrechen S. 111.

[130]) Vgl. Ploss-Bartels, a. a. O. Bd. I, S. 866. Ebenso auch van der Broeke, Diss. de crimine partus abacti p. 11; Feuerbach, Lehrbuch § 395; Gmelin, a. a. O. S. 171: „Dass es ein Verbrechen seye, wann eine schwangere Person, oder wann derselben ein anderer ein schon empfangenes, aber noch nicht zur Welt gebrachtes Kind im Mutterleib tödtet, ist wohl ausser allem Zweifel, weil dadurch ein künftiger Bürger dem Staat entzogen wird." Vgl. auch Anm. 66 und Thorillon auf S. 375.

[131]) Zweck im Recht Bd. 1, 3. Aufl., S. 454, 455, 503.

[132]) Vgl. Ploss-Bartels, a. a. O. Bd. I, S. 867.

Nur wenn man von folgenden allgemeinen Erwägungen ausgeht, kommt man zum richtigen Ergebniss:

α) Der Staat ist über die menschliche Gesellschaft, das ist die „grosse Lebensgemeinschaft, in welcher das Volk lebt und sich bewegt, für welches er da ist und das für ihn da ist, dessen Kräfte auch die seinigen sind“ [133]), gesetzt. Darum geht die Gesellschaft als das Volk unter dem Gesichtswinkel innerer thatsächlicher Organisation den Staat als das Volk unter dem Gesichtswinkel äusserer rechtlicher Organisation an. Er hat, wenn ein Gesellschaftszweck zu seiner Verwirklichung der Vermittlung durch äusseren Zwang bedarf, thatkräftig einzuschreiten [134]).

β) Die Gesellschaft ist ein Gemeinwesen um der Wechsel-

---

[133]) So Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, S. 258. Näheres über den hier nicht zu erörternden Begriff der Gesellschaft als der durch Arbeit und Verkehr sich herstellenden kulturellen Gemeinschaft findet man bei Röhrich, Das Buch von Staat und Gesellschaft Bd. I, S. 74 ff.; Held, Staat und Gesellschaft Bd. I, S. 104 ff.; Riehl, Die bürgerliche Gesellschaft, 2. Aufl., S. 4; Jhering, a. a. O. Bd. I, S. 77 ff. und bei Rümelin, Reden und Aufsätze, dritte Folge S. 270 ff. Rechtswissenschaftlich verwerthet worden ist der Begriff der Gesellschaft, die allerdings keine juristische Person ist, aber als etwas innerlich Zusammenhängendes und Gegliedertes, als teleologische Einheit, sich bei der Theorie des Rechts heute nicht mehr umgehen lässt, ausser von Jhering und Mayer noch besonders von Gneist, Rechtsstaat S. 25; von Stein, Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der französischen Revolution Bd. I Einleitung; Rösler, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, S. 2 ff. und Hegel, Rechtsphilosophie §§ 182 ff., §§ 231 ff.

[134]) Treffend dazu Rümelin, a. a. O. S. 277: „Gesellschaft, Staat und Recht sind drei getrennte und doch innig zusammenhängende Grundbegriffe, da keiner von ihnen ohne Bezugnahme auf die beiden anderen verständlich ist. Ihr Verhältniss zu einander scheint mir den einfachsten Ausdruck in der Fassung zu finden: Die Gesellschaft bietet und umfasst den gesammten Stoff und Inhalt aller Erscheinungen und Vorgänge des Menschenlebens, vermag ihnen aber die Ordnung, deren dieselben bedürfen, nicht aus eigenen Mitteln zu schaffen; der Staat ist diese ordnende Gewalt; das Recht ist die positive, befehlende Norm, durch welche der Staat sowohl sich selbst wie die Gesellschaft ordnet.“

beziehungen willen, die sie zwischen den in ihr begriffenen Einzelmenschen vermittelt. Nützliches wie Schädliches, was dem Einzelnen in der Gesellschaft widerfährt, ist das Ergebniss unzähliger, nicht mehr verfolgbarer Zusammenhänge mit ihrem Gesamtzustand. Und umgekehrt hat das Verhalten des Einzelnen über seine unmittelbare Wirkung hinaus bald mehr bald weniger zugleich eine Bedeutung für die Gesellschaft. Solche gesellschaftlich bedeutsamen Aeusserungen des Einzellebens können nützlich und können schädlich sein. Nützlich sind sie, wenn sie die in der Gesellschaft enthaltenen wirthschaftlichen und geistigen Kräfte [Culturkräfte][135]) zu steigern, schädlich, wenn sie dieselben zu beeinträchtigen geeignet sind[136]).

γ) Die Abtreibung ist nun eine vom Einzeldasein ausgehende Lebensäusserung, welche geeignet ist, durch ihre gesellschaftliche Wirkung die in der Gesellschaft enthaltenen Culturkräfte zu beeinflussen. Was zur Zeit von Plato und Aristoteles als nützlich angesehen wurde, gilt im 19. und 20. Jahrhundert, wo erst die socialen Wissenschaften ausgebaut wurden, und in denen das sociale Bewusstsein das Cultursystem vorwiegend beherrscht[136a]), als schädlich. Denn die Abtreibung hindert Geburten. Diese mögen für den Einzelnen manchmal gleichgültig sein, für die Gesammtheit sind sie es nie. Das langsame oder rasche Wachsthum der Bevölkerung

---

[135]) Wenn wir von Culturkräften reden, so fassen wir im Einklang mit dem herrschenden Sprachgebrauche wie Schmoller, a. a. O. S. 228, Cultur als einen Collectivbegriff auf, „der ganz absichtlich halb technisch und wirthschaftlich, halb moralisch und politisch ist". Wir sagen also mit Kohler in Helmolt's Weltgeschichte Bd. I, S. 25: „Cultur ist der durch Entwickelung erlangte Stand eines Volkes in seinem geistigen Leben und in seiner äusseren Lebensführung;" ebenso Key, Essays 3. Aufl. S. 41. A. A. Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 4. Aufl., Bd. II, S. 731 ff., wo unter Cultur nur Weltanschauung und Kunst verstanden wird.

[136]) Mayer, a. a. O. S. 258.

[136a]) Vgl. Anm. 66 und Stein, Der Sinn des Daseins, S. 311.

greift tief in alle socialen Verhältnisse ein. Die Abtreibung aber hemmt die Bevölkerung in ihrer Zunahme oder bringt sie zum Stillstand oder bewirkt gar ihren Rückgang[137]. Und diese Wirkung der Abtreibung ist nach heutiger in Frankreich wie Deutschland durchaus herrschender volkswirthschaftlicher Ansicht von grosser schädigender Bedeutung für die Cultur und damit für die Gesellschaft, welche ja Bedingung, Trägerin und Erzeugerin der Cultur ist. Das ist natürlich hier nicht näher zu begründen. Es muss ein kurzer Hinweis darauf genügen, dass mit der Dichtigkeit der Bevölkerung infolge erhöhten Wettbewerbes die Arbeitsthätigkeit wächst und Arbeit das Wesen der Cultur ist; dass ferner ohne eine gewisse Dichtigkeit der Bevölkerung Arbeitstheilung, lebendiger Verkehr, Vergrösserung des Marktes, städtisches Leben, gesteigerte geistige Berührung und Reibung der Menschen, Künste und Wissenschaften nicht bestehen können; dass ferner diejenigen, welche abtreiben, den Egoismus, die Bequemlichkeit, die Genusssucht fördern, weniger schaffen als diejenigen, die nicht abtreiben, Kinder haben und noch für diese sorgen müssen, und im Volke jene grosse Tugend, die erschöpfende Aufopferung für den Nachwuchs, die Anstrengung der ganzen Nation für ihre Zu-

---

[137]) Elster macht im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. I, 1. Aufl., S. 13, 14, auf die grosse Wichtigkeit der Abtreibung in bevölkerungspolitischer Beziehung aufmerksam und bemerkt: „Die niedrige Geburtenziffer bei höher stehenden Nationen wird theilweise mit auf diese Unsitte zurückzuführen sein.“ Aehnlich Levasseur, La population française, t. II, p. 56—58 und t. III, p. 221; Floquet, Avortement et dépopulation p. 10: „On peut affirmer que l'avortement est une des causes sérieuses de la dépopulation en France; ici nous entendons parler non seulement de l'avortement qu'atteint la justice, mais encore de l'avortement qui n'échappe pas à l'observation du médecin malgré tous les subterfuges qu'on emploie pour le cacher“; Brouardel, a. a. O. p. VII: „J'ai reçu de nombreuses lettres de confrères désolés, d'assister impuissants à la perpétration d'actes qui, parfois, arrivent à dépeupler une commune, un canton“; endlich Kohler, Einführung S. 169: „Ein häufiges, ja gewohnheitliches Abtreiben kann zu schweren Schäden der Bevölkerung führen; es kann die Bevölkerungsziffer dauernd herab drücken.“

kunft vermindern; dass ferner ein Volk, das sich mehr vermehrt als ein anderes, ein verhältnissmässiges Uebergewicht über dieses erlangt, anderen Völkern seine Kultur aufdrücken kann und sowohl auf industriellem Gebiete wie auch in den grossen nationalen Kämpfen der Zukunft stets im Vortheile sein wird; dass endlich die Abtreibung auch culturell äusserst wichtige selectorische Folgen innerhalb eines Volkes selbst hat, indem ein Theil desselben [Stand, Charaktertypus] dieser Unsitte mehr huldigt als ein anderer [138]).

Die Abtreibung erzeugt mithin grosse sociale Uebelstände und gefährdet ein planmässiges Culturleben. Sie ist deshalb ein Verstoss gegen die Culturordnung [139]), das ist denjenigen Zustand, bei welchem die in der Gesellschaft ruhenden Culturkräfte sich am besten erhalten und entfalten können, und Schutzobject ist nicht der Fötus, nicht ein Einzelmensch, nicht der Staat, sondern die Gesellschaft, welche durch die Abtreibung eines ζῶον πολιτικὸν, eines gesellschaftlichen Wesens im aristotelischen Sinne, beraubt wird [140]).

---

[138]) Vgl. dazu hauptsächlich Levasseur, a. a. O. t. III, p. 148, 149, 210, 231; Prévost-Paradol, La France nouvelle p. 409; Floquet, a. a. O. p. 11 ff.; Schmoller, a. a. O. S. 186, 176, dem die obenstehenden Aeusserungen zum Theil entnommen sind; Oppenheimer, Das Bevölkerungsgesetz des T. R. Malthus und die neuere Nationalökonomie S. 29 ff.; Otto, a. a. O. S. 13; Hoffmann, Die Bevölkerungszunahme S. 111 ff.; Fuchs, Volkswirthschaftslehre S. 135; Nieboer, a. a. O. S. 150.

[139]) Dieser Ausdruck wird allerdings ohne nähere Begründung und Bestimmung schon von Kohler, Einführung S. 155, 168 strafrechtlich gebraucht.

[140]) Schon v. Sonnenfels [1733—1817], bei Frank, System einer vollständigen medizinischen Polizei [1791], Bd. III, S. 133, sagt von der Abtreibung: „Die Wirkung dieses Lasters ist, dass die Gesellschaft eines Mitglieds beraubt wird“ und „die Vergrösserung der Gesellschaft enthält alle untergeordneten einzelnen Mittel in sich, welche gesammelt die Wohlfahrt befördern.“ Auch v. Lilienthal, a. a. O. S. 11 scheint diesen Gesichtspunkt zu haben, wenn er erklärt: „Man kann ja wirklich die Pflicht der Mutter zur Austragung der Leibesfrucht als eine Art militia betrachten, die sie der Gesellschaft schuldet.“

Das ist der Strafbarkeitsgrund, der allein der richtige sein kann, wenn die Abtreibung nicht als Tötungsverbrechen angesehen wird. Und zwar liegt dann die Sachlage sehr ähnlich wie beim untauglichen Versuche, der richtiger Ansicht nach [141]) als Verletzung und Gefährdung der Rechtsordnung angesehen wird, und bei dem Schutzobject der Staat ist.

V. Ist nun dieser als für das französische Recht einzig mögliche angegebene Strafbarkeitsgrund wirklich der des code pénal? Die Frage ist zu bejahen.

α) Zunächst sprechen dafür geschichtliche Gründe. Der code pénal beruht auf des Engländers Bentham philosophischen Anschauungen [142]). Dessen strafrechtliche Anschauungen genossen damals in Frankreich autoritatives Ansehen. Schon 1792 erhielt Bentham von der Assemblée législative den Titel eines „citoyen français", 1802 wurde er Mitglied der Académie des sciences morales et politiques, 1825 wurden ihm vom Pariser Cassationshofe grosse Ehrungen bereitet [143]), und Frau von Staël erklärte einst, dass „die verhängnissvollen Zeiten, in welchen sie gelebt habe, von der Nachwelt nicht das Zeitalter Bonapartes oder Byrons, sondern das Zeitalter Benthams genannt werden würden" [144]).

Bentham war nun, als eifrigster Verfechter des principle of utility [145]), der oben näher dargelegten Auffassung von dem bevölkerungspolitischen Strafbarkeitsgrunde der Abtreibung. In seinen Grundsätzen des Criminalrechts erklärte er die Abtreibung für ein „Verbrechen gegen die Bevölkerung" [146]).

---

[141]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht S. 20 ff.; Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable [Extrait aus der Revue pénitentière 1897] p. 34 ff.

[142]) Rivière in Liszt's Strafgesetzgebung der Gegenwart Bd. I, S. 435; Grande Encyclopédie t. XI, p. 805.

[143]) Siehe Grande Encyclopédie t. VI, p. 218, 219.

[144]) Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes Bd. I, S. 253.

[145]) Siehe Introduction to the Principles of morals and legislation p. 2 ff.

[146]) Dumont, Grundsätze der Civil- und Kriminalgesetzgebung aus

Und dass bei dem so ausserordentlich grossen Einflusse von Bentham auf den code pénal die Gesetzgeber und vor allem Napoleon[147]) von diesem bei der damaligen Decimirung der französischen Bevölkerung so nahe liegenden Standpunkt ausgegangen sind, dürfte zum mindesten sehr wahrscheinlich sein.

β) Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn man die Stellung der Abtreibung im System des code pénal berücksichtigt. Denn dem art. 317 geht unmittelbar die in art. 316 behandelte Castration voraus. „Ce crime a des rapports intimes avec l'avortement", sagt treffend Garraud[148]). Die Castration besteht nun „dans l'amputation ou la mutilation volontaire d'un des organes nécessaires à la génération". Schon im alten französischen Recht und noch im code von 1791 wurde sie mit dem Tode bestraft. „Ceux qui se mutilent eux-mêmes", sagt Jousse[149]), „des parties nécessaires à la génération sont punissables de la mort. Les chirurgiens ou autres personnes qui mutilent les autres pour en faire des eunuques doivent être punis de mort."

Und so ist es auch — bis auf die Strafe, die Freiheitsstrafe geworden ist, — noch heute. Jede Castration, mag sie Selbstverletzung sein oder nicht, mag sie zum Zwecke der Entziehung von der Wehrpflicht ausgeübt werden oder nicht, wird bestraft.

Angesichts dieser Sachlage dürfte unbestreitbar sein, dass bei der Castration nur die in ihr sich äussernden bevölkerungs-

---

den Handschriften des englischen Rechtsgelehrten Jeremias Bentham, deutsch von Beneke, Bd. II, S. 57.

[147]) Vgl. Levasseur, a. a. O. t. III, p. 210: „Napoléon avait besoin des soldats. Par la loi nivôse, an XIII, il accorda au père de plus de sept enfants mâles, le droit d'en désigner un qui serait élevé aux frais de l'État. Par un décret rendu en 1806, il décida que le sixième enfant des familles pauvres serait élevé aux frais de l'État."

[148]) A. a. O. t. IV, p. 712.

[149]) A. a. O. t. III, p. 834.

feindlichen Tendenzen[150]) den Grund der Bestrafung bilden, da in Frankreich religiös-fanatische Tendenzen wie bei den Skopzen in Russland ausscheiden, dass also die Castration als gesellschaftswidrige Handlung, kurz als Verstoss gegen die Culturordnung geahndet wird.

Nichts liegt nun näher, als dass bei zwei in unmittelbar auf einander folgenden Paragraphen geregelten und in gleicher Weise die Zeugungsfunction behandelnden Delicten der Strafbarkeitsgrund der gleiche ist.

γ) Weiter spricht für die Richtigkeit unserer Construction des Strafbarkeitsgrundes, dass sie für alle oben bei der Erörterung der Begriffsbestimmung des avortement angegebenen Fälle passt. Ist doch die Abtreibung eine Verletzung oder Gefährdung der Culturordnung in abstracto, die eine so heilige Sache ist, dass ein Verstoss gegen sie Sühnung verdient ohne Rücksicht darauf, ob das Handlungsobject wirklich verletzt oder gefährdet ist und überhaupt verletzt oder gefährdet werden konnte. Bei einem so rein gesellschaftlichen Delicte wie der Abtreibung des code pénal sind eben nur die gesellschaftlichen Wirkungen zu berücksichtigen. Und wenn man einerseits das böse Beispiel, die Macht der Gewohnheit und dergleichen sociale Folgen, die bei keiner Abtreibung ausbleiben, in Betracht zieht und andererseits erwägt, dass jede Abtreibung für die Schwangere schwere gesundheitliche, meist sogar spätere functionelle Ausfallerscheinungen am Zeugungsapparate[151]) mit sich bringt und alljährlich eine recht erhebliche Anzahl von Frauenleben an unvorsichtiger Abtreibung stirbt, was ebenfalls die Bevölkerungszunahme gefährdet, so wird man sagen können:

---

[150]) Zola, der ja stets gründliche Studien zu seinen sozialen Schilderungen gemacht hat, erzählt in Fécondité, dass in Pariser Krankenhäusern jährlich an zwei- bis dreitausend weibliche Wesen steril gemacht würden und mindestens eine doppelt so grosse Zahl in den vielen Privatkliniken, wo es weder lästige Zeugen noch irgend eine Art der Controlle gäbe.

[151]) Siehe Lewin, a. a. O. S. 47.

alle Abtreibungen sind ein Verstoss gegen die Culturordnung und immer wird durch sie das Schutzobject, die Gesellschaft, verletzt oder gefährdet.

δ) Ferner ist zu Gunsten unserer Construction anzuführen, dass sich allein mit ihr die in Anbetracht der sonstigen drakonischen Strafbestimmungen des code pénal überaus milde, mit einer Auffassung der Abtreibung als eines Tötungsverbrechens gegen den Fötus ganz unverträgliche Bestrafung vereinen und auch nur so die jetzige starke, auf weitere Herabsetzung der Strafe für die Abtreibung gerichtete Bewegung in Frankreich — von ihr wird später noch ausführlich die Rede sein — verstehen lässt. Denn der Mehrzahl des Volkes steht das wirthschaftliche Einzelinteresse weit über dem Gesammtinteresse der Gesellschaft — eine Thatsache, aus der sich beispielsweise auch die milde Bestrafung von Steuerhinterziehungen ergiebt. Wie könnte es auch anders sein, wo doch die Allgemeinheit nur concret und unmittelbar, nicht aber abstract und mittelbar zu denken vermag und die Gesellschaft als solche nichts Sichtbares ist. Ein Gesellschaftsgewissen, das ist die Fähigkeit, ein sittlich gereiftes Urtheil über eine gesellschaftschädigende Handlung zu haben, ist eben in weiten Kreisen so gut wie noch gar nicht entwickelt und hat bisher in keiner Weise den nöthigen Grad feiner Empfindlichkeit. Und auf diese menschlichen Fehler und Schwächen hat der Gesetzgeber mit Recht Rücksicht genommen und wird auch bei der in Aussicht stehenden Revision des code pénal noch weiter Rücksicht zu nehmen haben.

ε) Endlich dürfte auch noch aus ganz allgemeinen Erwägungen heraus gerade für Frankreich der angegebene Strafbarkeitsgrund sich rechtfertigen. Denn das Bild, das die französische Bevölkerungsbewegung nun schon seit Jahrzehnten bietet, wird mit jedem Jahre noch um einen Schatten trüber. Die Bevölkerung vermehrt sich bekanntlich in Frankreich trotz normaler Zahl von Eheschliessungen wegen der so geringen Anzahl von Geburten äusserst langsam. Auf 1000 Einwohner

kamen im Laufe der letzten Jahre durchschnittlich etwa 7,5 Trauungen, 22 Lebendgeburten und 21 Sterbefälle. Der Ueberschuss der Geburten über die Sterbefälle ist demnach sehr gering [1896—1900: 13, 1901—1902: 21 auf 10000 Einwohner gegenüber 147 und 153 in Deutschland [152]).

VI. Die dargelegte Construction des Strafbarkeitsgrundes des avortement im code pénal ist nicht nur von wissenschaftlichem Werthe, indem sie die Erkenntniss der wahren Natur der Abtreibung fördert und Seiten an ihr erschliesst, die bisher fast gänzlich übersehen wurden [153]). Sie ist auch von praktischer Wichtigkeit. Das wird vor Allem bei der weiter unten zu erörternden Frage nach der Strafbarkeit der Perforation klar zu Tage treten.

---

[152]) Nach dem kürzlich veröffentlichten Bericht des französischen Arbeitsamtes an den Minister für Handel und Industrie ist für das Jahr 1903 wieder ein Geburtenrückgang erfolgt. Der Procentsatz der Bevölkerungsvermehrung war nur 0,19 vom Hundert und geringer als der von 1902. Es wurde im Jahr 1903 ein Ueberschuss von 73,106 Geburten festgestellt gegen 83,944 im Jahre 1902.

[153]) Wie weit in Deutschland bei der Reform unseres Strafgesetzbuches dieser bevölkerungspolitische Standpunkt in Betracht zu ziehen sein wird, ist hier nicht zu untersuchen. Kohler, Einführung S. 170 bemerkt: „In Zukunft wird man wohl den populationistischen Gesichtspunkt walten lassen."

(Schluss folgt.)

XX.

Das Pfandrecht im altböhmischen Landrechte.

Eine historische Studie.

Von

Dr. jur. **J. Kapras** (Prag).

Einleitung.

Unter dem altböhmischen Landrechte verstehen wir das Landrecht, welches einst in Böhmen und Mähren gegolten hat. Seiner Grundlage nach ist es das alt-slavische Recht. Die spätere historische Entwickelung dieser beiden Länder brachte zwar gewisse Unterschiede der beiden Landrechte mit sich, welche aber nicht die Qualität des Rechtes, eher nur das Tempo ihrer Entwickelung betreffen.

Zeitlich beschränken wir uns auf die Periode, welche mit den Verneuerten Landesordnungen, wie sie Ferdinand II. nach der Unterdrückung des böhmischen Aufstandes diesen Ländern oktroyirt hat, abschliesst. Denn wenn auch diese Landesordnungen im öffentlichen Rechte einen vollständigen Umsturz der bisherigen Rechtsverhältnisse gebracht hatten, haben sie doch im Privatrechte überall, bis auf einige unbedeutende Aenderungen das alte Recht beibehalten, und, was besonders hervorgehoben zu werden verdient, einen Ausgleich zwischen den Unterschieden im böhmischen und mährischen Privatrechte herbeigeführt.

Es ist dies die Periode der böhmisch-nationalen Rechtsentwickelung; denn obgleich auch in dieser Zeit hie und da

Receptionen aus fremden Rechten vorkommen, so blieb doch trotz der Uebernahme dieser einzelnen Rechtsinstitutionen der nationale Charakter des autochthonen Rechtes unverletzt.

Den Grund dieser Widerstandsfähigkeit des altböhmischen Rechtes finden wir in der Institution der Landtafel, deren Einflusse es wohl auch zuzuschreiben ist, dass die Reception des gemeinen römischen Rechtes im böhmischen Privatrechte nicht vorkommt.

Als Rechtsquellen für diese Periode führen wir an:

Statuta Ottonis (aus den Jahren 1222, 1229 und 1237);
Kniha starého pána z Rožmberka (Rosenberger Rechtsbuch, 12.—13. Jahrh.);
Ordo judicii terrae (Řád práva zemského, 14. Jahrh.);
Majestas Carolina (14. Jahrh.);
Ondřej z Dubé, Výklad na právo země české (Rechtsbuch des Andreas von Duba, 15. Jahrh.);
Cornelius Victorin ze Všehrd, Knihy devatery o práviech a sudieeh i o dskách země české (Neun Bücher über das Recht, die Gerichte und die Landtafeln Böhmens, 15. Jahrh.);
Kniha Tovačovská (Tobitschauer Rechtsbuch, 15. Jahrh.);
Kniha Drnovská (Drnowitzer Rechtsbuch, 16. Jahrh.).

Landesordnungen:

böhmische 1500 (Wladislavsche), 1530, 1549, 1564;
mährische 1516, 1535, 1545, 1562, 1604;
verneuerte 1627 (für Böhmen), 1628 (für Mähren).

Die nachfolgende Bearbeitung des vorliegenden Stoffes beruht ausschliesslich auf diesen und anderen weniger bedeutenden Quellen. Bei der systematischen Anordnung des bearbeiteten Rechtsstoffes war der inhaltliche Zusammenhang massgebend, so zwar, dass die ganze Arbeit in Capitel eingereiht wurde, welche die Execution, die Pfändung und das Vertragspfand enthalten. Ausserdem musste vorausgeschickt werden ein Abschnitt von einer uralten Rechtsinstitution, dem vzdání (traditio), welche keinem der nachfolgenden Begriffe untergeordnet werden konnte.

Erstes Capitel.

Die Traditio.

§ 1.

Von der Traditio (vzdání).

Wir behandeln im Folgenden eine uralte Rechtsinstitution, die allem Anscheine nach den slavischen, germanischen und romanischen Völkern gemeinsam war. Da es sich um eine Institution handelt, die in den uns erhaltenen Quellen bereits im Absterben sich befindet, ist es begreiflich, dass manches bereits der damaligen Zeit unverständlich erschien.

Das vzdání, die Tradition in diesem Sinne, ist jene Rechtsaction im Processe wegen Eigenthumsstörungen, in dem jede der beiden Parteien durch die praesumptio juris behauptet, dass die strittige Sache ihr gehöre; auf Grundlage dieser praesumptio setzen beide Parteien eine bestimmte dreimal erhöhbare Summe als Succumbenzgeld, welches die verlierende Partei vor Gericht erlegen muss [1]).

Brandl [2]) bringt die Tradition in Zusammenhang mit dem Zweikampfe, indem er behauptet, sie sei durch Abschwächung desselben entstanden. Wir wollen uns damit nicht näher beschäftigen, doch halten wir seine Gründe für unzureichend und glauben, dass das vzdání eher mit der Vorliebe der Ur- und Naturvölker für Wette und Spiel überhaupt zusammenhängt. Jedenfalls bildet es bei uns ein Surrogat für das

---

[1]) Die letzten Worte gelten nicht für die spätere Zeit, wo eben beide Parteien die Summe zu deponiren hatten. Vgl. Brandl, Glossarium 355; Werunsky, Ordo judicii terrae (Z. S.-St. F.R.G. X), 143. Die Bezeichnung ist vzdání, verbal vzdáti, lateinisch traditio, assignatio, tradere, assignare. Die tradirte Summe wird meistens als poena vallata, obligatio, vadimonium, vadium bezeichnet. Die Bezeichnung vzdání hat später nach Eindringen des deutschen Rechtes in Böhmen die Bedeutung von Auflassung bekommen.

[2]) Glossarium 357.

ordentliche Gerichtsverfahren und hauptsächlich für das Executionsverfahren in der Zeit, wo dieses erst im Entstehen begriffen war. Unsere Institution setzt sich aus zwei Arten zusammen: aus vzdání po půhonu (Wette nach der Belangung), auch vzdání před odpovědí (Wette vor der Antwort) genannt, und aus vzdání bez půhona, vz. bez práva, vz. na komorníka (Wette ohne Belangung, Wette ohne Rechtsgang, Wette vor dem Kämmerer).

Der Verlauf der ersten Art[3]) war etwa folgender:

Der Kläger sagt vor dem Prager Gerichte den ihm vom Beklagten zugefügten Schaden an, worauf ein Gerichtsbote (komorník) den Schädiger belangt, die Belangung (půhon, citatio) in die Landtafel einträgt und einen Besichtigungstermin festsetzt[4]). In der Frühe am festgestellten Tage (die Gerichtshandlungen wurden im böhmischen Rechte immer Vormittags vorgenommen) entsendet das Gericht zwei Gerichtsboten, für jede Partei einen auf das strittige Erbgut. — Der Kläger (původ) erwartet sie an Ort und Stelle, und nachdem sie in Sicht gekommen sind, erklärt er mit seinem rechten Fusse auf dem Erbgute (dědina) stehend: „Nuntii, audite, quod iste citatus (nominando eum) mihi dampnum intulit per conculcationem bladi vel succisionem arborum vel silvae etc.; et hoc dampnum habeo pro tali pecunia" (prout in querimonia fuit expressum). Darauf erwidert der Beklagte: „Audite bedalli! haec hereditas est mea (allegans jus suum per titulum, quod habet ad eandem; adjiciens), audite nuntii! quod hunc actorem

---

[3]) Diese Art von vzdání hat nur einen Theil des alten Vindicationsprocesses gebildet, ohne selbständig aufzutreten. Wir können es am besten mit der römischen actio in rem sacramento vergleichen. Es lag vollständig in der Macht der Parteien, ob sie dieses Mittel anwenden wollten oder nicht. So bestimmt ausdrücklich das Rosenberger Rechtsbuch. Kniha Rožmberská ed. Brandl, 256. Im Falle des Nichtanwendens kommt es einfach zum gewöhnlichen Process.

[4]) Ordo iudicii terrae (ed. Jireček, Codex iuris Bohemici II, 2), Art. 55. Kn. Rožmb. 239.

do sive trado (vzdávám) beneficio Pragensi in trecentis denariis.“ An seine Worte anknüpfend entwickelt sich folgender Wortwechsel:

Der Kläger: „Et ego eundem citatum do et trado similiter in trecentis denariis.“

Der Beklagte: „Ego ipsum adversarium trado in sexcentis denariis.“

K.: „Et ego etiam eum trado in sexcentis denariis.“

B.: „Et ego trado eum in noningentis denariis.“

K.: „Et ego eum trado similiter in noningentis denariis.“

B.: „Et ego eum trado in ohřieb.“

K.: „Et ego eum trado in ohřieb“ [5]).

Zu diesem Wortwechsel erschienen die Parteien entweder persönlich, oder sie liessen sich vertreten. Die Majestas Carolina [6]) erklärt, die Parteien erwarten die Gerichtsboten „pedes, depositis vestibus consuetis“, der Ordo judicii terrae hat in seiner böhmischen Fassung „zu Pferd“, doch sagt die Glosse dazu „und bis er sie sieht, so soll er vom Pferde steigen, die Kappe (kukla) heruntergeben, das Schwert zur Seite legen, den Mantel oder ein anderes Kleid ausziehen bis zum Gürtel; thut er dies aber nicht, so soll das Pferd, das Schwert und das Kleid, sowie Alles, was er zu Pferd mit hatte, an die Gerichtsboten kommen“ [7]). In der lateinischen Fassung des Ordo steht aber: „non residens in equo, sed peditando“

---

[5]) Kn. Rožmb. 248, 261, 270; Ordo iudicii terrae 56—58; Majestas Carolina (ed. Jireček Codex iuris Boh. II, 2), 107, § 3—5. Die lateinische Fassung des Ordo berichtete noch über eine andere Form: Die erste Partei tradirt in 300 Denaren, die zweite in 600, darauf die erste in 900, die zweite in 1200, die erste in ohřeb und endlich auch die zweite in ohřeb. Das Ganze muss als eine Vereinfachung der alten langen Formen angesehen werden.

[6]) 107, § 2.

[7]) „A kdyžby je uzřel, má s koně s siesti a má s sebe kuklu snieti a meč otložiti, plást'i jiné rúcho s sebe sňléci až po pás; pakli by toho neučinil, tehdy ten kóv, meč ito rúcho, v čemžby jej zastihli na koni, má spadnúti na komorníky ty.“ Ordo iudicii terrae 56.

und die Glosse erklärt: „quia si ea non deponeret aut equo praesideret, praedicta non deposita et ejus equus ad nuntios sive bedallos eosdem ipso facto pertinerent.“ Diese Bestimmung hängt wohl zusammen mit der Einführung des vierten Wettegrades, des ohřeb, wie wir im Weiteren noch sehen werden.

Nach der formalen Durchführung der Tradition wurde die Summe beim Gerichte niedergelegt, damit der weitere Termin bestimmt werden könnte. Aus der Bestimmung des Rosenberger Rechtsbuches ist zu urtheilen, dass nach dem älteren Rechte nur der verlierende Theil die gewettete Summe und zwar erst nach dem Endurtheile zu zahlen hatte; während seit dem erwähnten Rechtsbuche das Urtheil nicht gefällt werden konnte, bevor man die tradirte Summe gerichtlich deponirte [8]).

Zur Vornahme der Besichtigung und zur Durchführung des Processes war ursprünglich ein jedes Cudagericht zuständig; nachdem aber später das Prager Gericht die ausschliessliche Competenz in Immobiliarstreitigkeiten erlangt hatte, wurde es auch bei der Tradition, durch die ja der ursprüngliche Schadenstreit in einen Besitzstreit umgewandelt wurde, einzig und allein competent. Bei blossen Schaden- und Rechtsstreitigkeiten war das kleinere Amt (menší úřad), bei eigentlichen Immobiliarstreitigkeiten das grössere Amt (větší úřad) zur Entscheidung berufen [9]). — Eine Urkunde vom Jahre 1284 [10]) zeigt darauf hin, dass im 13. Jahrhundert sich diese Umwandlung bereits vollzogen hatte, denn es soll bloss auf Delegationswege die Besichtigung seitens einer anderen Cuda durchgeführt werden, aber salva nostra (Pragensi) debita porcione [11]).

---

8) Art. 276.

9) Kn. Rožmb. 279, 281.

10) Emler, Regesta II, Nr. 1315.

11) Der böhmischen Fassung des Ordo judicii terrae nach gehört bloss die Entscheidung des Streites an das Prager Gericht, die Besichtigung und Intervention bei der Tradition dagegen dem Kreisgerichte des betreffenden Kreises, dessen Zeugniss die Grundlage bildet für die

Die zweite Art[12]) der Tradition, das vzdání bez půhona, begann mit der Herbeiführung eines Bedellen. Als wichtigster Unterschied dieser zweiten Art von der ersten erscheint die Pflicht des Tradirten, sich durch die Deposition eines Pfandes aus der Hand des Bedellen vorläufig zu befreien. Hatte der Tradirte kein Pfand, oder wollte er sich nicht durch ein solches befreien, so nahm ihm der Gerichtsbote Alles, was er an sich und unter sich (Pferd) hatte, einfach weg, und diese Sachen dienten als Pfand dessen, dass der Tradirte die Wette einhalten werde. Für den Fall, dass der Tradirte wenig oder gar nichts bei sich gehabt, hatte diese Pfändung wenig Erfolg, und deshalb spricht das Rosenberger Rechtsbuch vom „schlechten Pfand“ (zlýzáklad). Bei der ersten Art der Traditio ist diese Pfändung überhaupt nicht nöthig, da dorten, wie wir bereits gesehen haben, die gewettete Summe vor der Entscheidung niedergelegt werden musste.

Der oberste Grad der Tradition wurde mit dem Worte „ohřeb“ bezeichnet. Die Quellen des 13. und 14. Jahrhunderts scheinen diesen Ausdruck nicht mehr gut verstanden zu haben. Der Ordo judicii terrae[13]) erklärt bereits das Wort auf dreifache Art: „Quid autem ohřieb dicatur? Quidam

---

Prager Entscheidung (Art. 59). Nach der Beendigung von dieser Art der Tradition nahm der weitere Eigenthumsprocess seinen gewöhnlichen Verlauf. Doch betrifft die endgültige Entscheidung nicht bloss die Eigenthumsfrage, sondern zugleich auch die gewettete und beim Gerichte deponirte Summe. (Ordo iudicii terrae 60, Maj. Car. 107, § 7—9.)

[12]) Es handelt sich hier nicht um einen Theil des Processes, sondern um ein selbständiges Verfahren, das jedenfalls älter war als das erste und wohl auch die Grundlage für dieses bildete. Wir finden es nur im Rosenberger Rechtsbuche angeführt, und selbst da sind es eigentlich nur kleine Ueberreste. Alle späteren Quellen, die die erste Art der Tradition noch ausführlich anführen, kennen diese zweite Art nicht mehr. Die Tradition trat hier nicht in den Process, sondern sie vertrat das ganze Gerichtsverfahren. (Kn. Rožmb. 266, 267, 269; Emler, Rg. II, 1315.)

[13]) Art. 59, Glosse.

dixerunt, quod si traditus beneficio in suo jure defecerit, privandus sit rebus et capite, tamquam vivus sepultus; quia ohřieb in vulgari dicitur tamquam circumsepultus. (Die lateinische Glosse übersetzt hier einfach das böhmische Wortspiel, „ohřeb böhmisch heisst wie pohřeb sepultura".) Alii vero dicunt, quod ohřieb dicitur ille terminus, quem in tali traditione juris non licet transgredi. Tertii vero dicunt, quod ohřieb est aequivalens et consimilis pecunia, quae in praedictis omnibus traditionibus est expressa." Auch diese dritte Erklärung ist nur eine verworrene Uebersetzung der böhmischen Glosse, „ohrieb ist die Geldsumme, die den Beamten tradirt wird bis zu zwölfhundert Denaren". Nach Majestas Carolina[14]) ist ohřieb „in aequivalenti summa pecuniae traditionibus supradictis et aestimationis totius hereditatis". — Diese Erklärung hält auch Jireček[15]) für richtig, während Šafařik ohřeb mit poena vallata identificirt. Dem richtigen Sinne des Wortes scheint Maciejowski[16]) näher gekommen zu sein; aber seine weiteren Ausführungen über die Bedeutung des Looses (o-hřeb) entsprechen wohl nicht der Wirklichkeit. Richtiger scheint es, das ohřeb als Raub, Beraubung, zu erklären und darin an das Rosenberger Rechtsbuch[17]) anzuknüpfen, welches sagt: „Die Tradition in ohřeb ist das, was er an sich oder unter sich hat, ohne Rücksicht darauf, ob es viel oder wenig ist." Die Parteien wetten hier also um Alles, was sie derzeit bei sich haben. Diese Bezeichnung ohřeb lässt auch gut errathen, in welcher Form diese Art der Wette geschah: Die Bedellen

---

[14]) 107, § 5.

[15]) Eigenthumsverletzungen und Slovanské právo II, 220.

[16]) Hist. pravd. 2. Aufl., III. Bd., 279, „již též že naechcac marnovač komornikovi czasu, kazalo prawo stronom wdač się v koncu na los (o hrzeb) czyli zaloszyc sie ocaly, jaki poposiadaja majetek. W tedy komornik zabieral wdanemu i to v czem i na czem się stawil, czyli zdejmwal z niego suknie."

[17]) Art. 261. vzdánie v ohrěb to jest, což na něm a pod nim málo nebo vele.

nahmen einfach den beiden Parteien Alles weg, was sie bei sich hatten, und zogen sie dazu noch aus in der Weise, als ob sie beraubt wären [18]).

Die ganze Art und Weise dieser Rechtsform, die im 13. Jahrhundert entweder gar nicht oder doch höchstens in einer ganz anderen Form gebräuchlich war, vielleicht als eine Wette um 1200 Denare, zeigt ihrem Ursprunge nach jedenfalls auf eine Zeit hin, wo das Anwenden von Geld nicht gang und gebe war, wo vielmehr das einzelne Individuum den grössten Theil seines Vermögens in Form von Schmuckgegenständen mit sich zu tragen pflegte [19]). — Mit dieser Sitte hängen wohl nicht nur der Rath des Rosenberger Rechtsbuches: „sollst du mit den Bedellen auf das Erbgut gehen, da ziehe deine schlechtesten Sachen an, und gehe zu Fuss" [20]), sondern auch die oben schon erwähnten Vorschriften des Ordo judicii terrae und Majestas Carolina [21]) zusammen.

Kurz: ohřeb bedeutete den höchsten Grad der Wette in

---

[18]) Aehnlich erklärt Brandl (Glossarium 198), Werunsky (Ordo 145), Lippert (Socialgeschichte I, 359). Beim letzteren findet man die nähere Erklärung der Abstammung von grabiti, ograbiti, rapue, privare.

[19]) Lippert, Socialgeschichte I, 359.

[20]) Art. 270.

[21]) Mit dieser Rechtsinstitution hängt wohl auch zusammen die spätere Sitte, dass die freien Bauern vor dem Gerichte ohne Mantel erschienen (Lippert, Socialgeschichte I, 396), sowie auch die Vorschrift der Statuta Ottonis, § 6: Quando aliquis pauper venit de propria re conquerendo, pallium sibi nullatenus deponatur. Ja noch im Všehrd (Oprávích země české knihy devatery — de jure terrae Bohemiae libri novem) lesen wir (Bd. III, 25, 10): Pravie tak staří a nalézá se v jich starých spisiech, když póvod nebo jeho posel na škod jahýchkoli ohledanie s komorníkem vyjede, že s sebe kuklu má svléci, meč odpa'sati a pryč dáti, s koně s sésti; pakli nessede, ten kóň má sobé komornik s práva vzieti. (Die Alten erzählen und man findet das auch in ihren Schriften, dass wenn der Kläger oder sein Bote mit dem Kämmerer auf eine Schadenbesichtigung ausfährt, er die Kappe heruntergeben, das Schwert beiseite legen und vom Pferde steigen soll; thut er dies aber nicht, so soll sich der Gerichtsbedel von Rechts wegen das Pferd nehmen.)

der historischen Zeit. Doch scheint es nicht immer so gewesen zu sein. Wenigstens deutet der Satz des Rosenberger Rechtsbuches, „wenn er sagen möchte, ich tradire ihn in ohřeb und šíj (der Nacken), so hat er rechtswidrig gewettet; deshalb verliert er den Streit, weil er ums Leben gewettet“ [22]), darauf hin, dass es in der uralten Zeit neben der Wette um Geld noch eine um das Leben gab. Die Parteien waren derart mit der Präsumption ihres Rechtes, bezw. mit der Begierde, die Sache für sich zu haben, durchdrungen, dass sie selbst den Nacken, das Leben, dafür einsetzen wollten. In welcher Weise die Lebenswette durchgeführt wurde, ob — wie Brandl meint — durch Zweikampf, das lässt sich aus dieser einzigen Stelle nicht gut feststellen.

Der Umfang und die Bedeutung der Tradition im älteren Rechte ist schwer zu bestimmen. Es scheint, wie auch Lippert [23]) behauptet, dass das vzdání darin einen allgemeinen Charakter gehabt hat. In der historischen Zeit ist jedoch unsere Institution beschränkt auf Grenz- und Schadenstreitigkeiten, die dadurch zu Eigenthumsstreitigkeiten werden. — Im Einzelnen lassen sich aus den Quellen folgende Fälle zusammenstellen:

1. Die Tradition des Pfluges [24]). Das ältere Recht verlangte in diesem Falle, das der Tradirte sofort nach der dritten Wette zum Gerichte sich begebe; das jüngere Recht hat aber auch diesen Fall den übrigen gleich gestellt und bestimmt, dass man sich auch hier durch ein Pfand befreien kann. Dieses Pfand musste sofort gegeben werden, doch blieb dem Tradirten der Anspruch auf Schadenersatz wegen unbegründeter Tradition vorbehalten.

2. Bei Viehschäden, jedoch bloss von St. Georgfeste bis zu St. Gallustage [25]).

---

[22]) Art. 262 pakli by řekl, dávaju jej v ohřeb i šíju, bezprávně vdal; proto při ztratil, že život vdal.

[23]) Socialgeschichte I, 396.

[24]) Kn. Rožmb. 275, 276.

[25]) Kn. Rožmb. 271—274; Rg. II, 1315.

3. Wegen unbefugter Zaunerrichtung, wobei jeder zweite Pfahl zu 300 Denaren tradirt wurde[26]).

4. Wegen unbefugtem Betreten des fremden Grundes und Bodens ohne Rücksicht auf dessen Zweck[27]).

5. Erbgutstreitigkeiten selbst[28]).

Die Wette war streng an die oben erwähnten Formen gebunden; das Nichtbeachten derselben brachte die Nichtigkeit (zmatek) der Wette mit sich[29]). Die Quellen führen als Nichtigkeitsgründe an:

1. wenn Jemand mit der Wette nicht Vormittag fertig wurde;

2. wenn er nicht mit dem bestimmten Fusse das Feld betrat;

3. wenn er um das Leben wettete (všíji);

4. wenn der Kläger nicht dasjenige zeigte, worüber er wettete, oder wenn er dabei auf dem Gemeindeboden (obec) stand;

5. wenn Jemand auf seinem eigenen oder Gemeindeboden tradirt wurde.

Die Rechtsverhältnisse der Parteien zur Traditionssumme waren derart, dass die beiden Parteien die Summe zum Gerichte deponiren mussten, und die siegende Partei nicht nur ihr Geld zurück bekam, sondern noch dazu einen Theil des vom Besiegten deponirten Geldes; den anderen Theil bekam das Gericht[30]). Die deponirte Summe erscheint als Pfand, wie es schon aus der Bezeichnung assignatio, vadium, vadimonium, obligatio, poena vallandi hervorgeht. (Später, nach

---

[26]) Kn. Rožmb. 278.

[27]) Kn. Rožmb. 279; ausführlich sind die einzelnen Fälle in Maj. Car. 107, § 1 angeführt.

[28]) Kn. Rožmb. 281.

[29]) Kn. Rožmb. 262—264; 284; Ordo iudicii terrae 60; Maj. Car. 107, § 6.

[30]) Gewöhnlich theilte man die verlorene Summe zu gleichen Theilen zwischen den Sieger und das Gericht. Emler, Rg. II, 1315; Maj. Car. 107, § 6.

Verschwinden der Tradition, gebrauchen unsere Quellen diese Ausdrücke für Vertragspfand.) Der Pfandcharakter der Wette tritt am meisten bei der Wette in ohřeb hervor. Zu diesem ursprünglichen Pfandrechte kommt bei der Wette ohne Belangung noch ein zweites Pfand für das Erscheinen der Gegenpartei hinzu. Doch war dieses Pfand nicht ein Pfand im späteren Sinne, sondern es waren das Bürgen, denen erst ein Pfand zu eventuellen Regresszwecken gegeben wurde.

Die mährischen Quellen kennen mit Ausnahme von der oben angeführten Stelle der Statuta Ottonis und einer Bemerkung von poena vallandi in einer Urkunde vom Jahre 1275[31]) das vzdání nicht. Ob das vzdání auch hier in historischer Zeit — denn in der Urzeit lässt sich darüber nicht zweifeln — vorhanden war oder nicht, trauen wir uns auf Grund der zwei angeführten unklaren Belege nicht zu entscheiden.

In Böhmen hat Andreas v. Dubá[32]) das definitive Verschwinden dieser interessanten Rechtsinstitution mit den Worten constatirt: „Die citationes um vzdání und um ohřeb sind nicht mehr zulässig."

Zweites Capitel.

Die Execution.

§ 2.

Von der gemeinen Execution (zvod)[33]).

Das altböhmische Recht sorgte von jeher schon vor dem Urtheile um die Sicherheit des bestrittenen Objectes. In der

---

[31]) Codex Moraviae IV, Nr. 114 . . . Et damus etiam eisdem arbitris potestatem conpromissum seu arbitrium, pecuniaria pena vallandi vel alia quacunque pena ad eorum ordinationem observandam.

[32]) Výklad na právo zemské české (Explanatio juris terrae Bohemiae), art. 16.

[33]) Das Wort zvod (vom zvésti = einführen) ist hier in einem weiteren Sinne gebraucht. Es bedeutet zuerst die Execution überhaupt,

ältesten Zeit wurde die Sache dem Richter in Besitz übergeben. Die Entwickelung dieser Sitte lässt sich nicht verfolgen, da wir uns nur auf eine einzige Stelle der Statuta Ottonis[34]) stützen können. Es wird in dieser Stelle dem iudex oder dem villicus domini terrae verboten, sich in den Besitz des Streitobjectes zu setzen, vielmehr soll dieses bei dem jeweiligen Besitzer bis zum endgültigen Ausgange des Streites verbleiben. Die betreffende Stelle befindet sich bloss in der jüngsten Fassung der Ottonischen Statuten vom Jahre 1237, nicht aber in den älteren Fassungen aus den Jahren 1222 und 1229[35]). Da nun auch die späteren Rechtsquellen keine Erwähnung von dieser Rechtssitte thun, können wir wohl mit Sicherheit behaupten, dass sie im 13. Jahrhundert verschwunden ist, um einer anderen Platz zu machen. Doch während diese ältere Vorschrift sowohl bei Mobilien, wie auch bei Immobilien zur Geltung kam, handelte es sich bei der neueren Rechtsinstitution bloss um unbewegliche Sachen, oder besser vielleicht gesagt, wir besitzen keine Belege dafür, dass diese neuere Vorschrift auch bei beweglichen Sachen ihre Anwendung gefunden hätte.

---

dann nur einen Theil der Execution, nämlich die Einführung in den Besitz.

[34]) Diese interessante und wichtige Stelle lautet (cit. nach Jireček, Codex iuris bohemici I, S. 71): Item si quis super rebus propriis mobilibus sive immobilibus in judicio convenitur, eadem bona de quibus fit quaestio, neque iudex neque domini terrae villicus sibi vendicet possidenda, sed idem qui super eisdem bonis convenitur, eadem bona pasifice possideat, donec eadem quaestio per sententiam decidatur (§ 26). — Die Meinung Jirečeks (Slovanské právo. Slavisches Recht II, 248), es handle sich hier um eine Besitzergreifung erst nach dem Urtheile, zeigt sich wohl als unhaltbar. Die Stelle handelt ja ganz klar von einer Besitzergreifung des bestrittenen Objectes; die Sache selbst hat keinen speciell böhmischen Charakter, denn es finden sich solche Vorschriften in allen älteren Rechten. Dass die Richter, welchen nicht bloss der Besitz, sondern auch die Nutzniessung zukam, die Processe zu verlängern bestrebt waren, ist selbstverständlich; diesen Missbräuchen suchen eben unsere Statuten abzuhelfen. Vgl. auch Lippert, Socialgeschichte I, 396.

[35]) Die Texte finden sich bei Jireček, Codex I, S. 53, 62 und 68.

Es handelt sich dabei um ein Recht, das wohl am ehesten mit dem Pfandrecht in Verbindung gebracht werden kann, doch mit ziemlich grossen Beschränkungen, wie es sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Die Einleitung des böhmischen Processes geschah durch eine Belangung (pùhon), deren Form etwa die folgende war:

E . . . . conqueritur super P . . . de lhota, et alias ubi habet bona ad czudam Olomucensem spectantia, de centum marcis gr. d. pr. ex eo, quod . . . .[36]).

M . . . . pohonym H . . . . z Hradczanecz a z toho, coz drzy, genz k oppawskemu prawu przislussie ze trzy set hriwen a toho jemu winu dawam . . . . (Ich M . . . . belange den H . . . . von Hradczanecz und von allem, was er besitzt[37]), sofern es zum Troppauer Rechte gehört, auf 300 Mark, und beschuldige ihn dessen . . . .[38]).

J . . . . pohoním J . . . ., z dědin i zâstav i odtad i odevšad, kdež co má, ježto sluší k Olomúckému práwu ku prvnímu sněmu panskému ze 400 zl. d. n. a tu jemu vinu dávám . . . . (Ich J . . . . belange den J . . . . von seinen Erbgütern und Pfandgütern, sowie von überall dort, wo er was besitzt, was zum Olmützer Rechte gehört, zum ersten Herrentage auf 400 Mark, und beschuldige ihn dessen . . . .[39]).

In der Belangung musste immer wenigstens ein unbeweg-

---

[36]) Brandl, Libri citationum I, 3 vom Jahre 1374.

[37]) Der Sinn dieser Worte ist: indem ich in Anspruch nehme Hradczancze und alle seine Besitzungen, die zum Troppauer Rechte gehören . . . .

[38]) Troppauer Landtafel, die vorderen Bücher, I, f. 32 b, vom Jahre 1438.

[39]) Brandl, Libri citationum II, 1, Nr. 1. Andere Beispiele von Citationen: Brandl, Libri citationum et sententiarum (I.—VI. Brünn 1872—1895); Bretholz, Codex Moraviae, Bd. XIV, Nr. 71 (Citationes des kleineren Brünner Rechtes); Tobitschauer Rechtsbuch (Kniha Tovačovská, ed. Brandl) unter Nr. 41—46; Drnowitzer Rechtsbuch (Kniha Drnovská, ed. Brandl), XLIV, u. f.; Landesordnung 1545, Blatt XX b bis XXII a.

liches Gut[40]) genannt werden, das durch die Belangung in Anspruch genommen wurde; denn sonst — falls der Belangte kein Erbgut, oder kein anderes bewegliches Gut besass — würde er mit Verhaftung (tkáče in Böhmen, zátkyně in Mähren)[41]) belangt. Es handelte sich aber bei dieser Art von Belangung nicht etwa, wie man vielleicht aus der Bezeichnung glauben möchte, um die wahre Verhaftung, Verhaftung des Belangten, sondern der wahre Zweck war, den Belangten zu zwingen, Bürgen für sein späteres Erscheinen vor dem Gerichte zu stellen[42]). Nur ausnahmsweise, wenn der Belangte nicht auf dem in der Belangung aufgeführten Orte angetroffen wurde, durfte er steckbrieflich verfolgt werden[43]).

Die Tendenz des Rechtes geht dahin, im Civilprocesse eine Verbundenheit des Eigenthumes zu veranlassen, und zwar im Eigenthumsprocesse nur des bestrittenen Objectes, in der Obligationsklage (nach den Quellen eigentlich immer nur einer Schadenklage — spor o škodu) des in der Belangung genannten Objectes, in den meisten Fällen wohl des ganzen Vermögens des Beklagten, da ja gewöhnlich die Klausel hinzugefügt wurde et alias, ubi habet (odtud odevšad, kdež co má)[44]).

Die Wirkung dieser Eigenthums-Verbundenheit zeigte sich

---

[40]) Gewöhnlich war ja das unbewegliche Gut schon aus dem Namen des Beklagten ersichtlich .... Já Ome z Buku pohoním Čenka z Pavlovic .... (Ich Ome von Buk belange den Čeněk von Pavlovic ....).

[41]) Brandl, Zápisy Žerotínovy (Memoiren des Žerotin) I, 14.

[42]) „Kdo zátkyní pohnán jest, když se postaví ku půhonu, nebo musí panu sudímu čest víru slibiti, nebo dvěma rukojmíni zaručiti, že ku při dostáti chce .... (Wer durch zatkyně belangt wird, muss, wenn er sich zum Gerichte stellt, dem Richter entweder auf seine Ehre versprechen, dass er auch zum Process sich stellen werde, oder muss zwei Bürgen dafür aufstellen ....). Záp. Žerot, I, 27; ähnlich in Mährischen Landtagsdenkmälern I, Bd. 3 vom Jahre 1518.

[43]) Einen solchen Fall in Záp. Žerot I, 14.

[44]) Dies überhaupt zu thun räth Všehrd (Knihy devatery III, Bd. 7) der grösseren Sicherheit wegen.

in der Unmöglichkeit, die Sache zu veräussern und zu belasten[45]). Sollte diese Vorschrift unbeachtet geblieben sein, und ein derartiges Rechtsgeschäft doch vorgenommen werden, wäre das betreffende dem Kläger gegenüber unwirksam, und der dadurch Beschädigte musste sich an seine Gewährsmänner halten.

Andererseits fehlt aber dem Kläger jede Dispositionsmöglichkeit über dieses Recht. Erst nach dem Urtheile in Mähren[46]), und nach der Einführung (zvod) in Böhmen[47]), war die Uebertragung möglich. Die Uebertragung geschah in Mähren nur durch eine Pergament-Urkunde mit sieben Siegeln[48]), in Böhmen nur durch Eintragung in die Land-

---

[45]) So ein Urtheil vom Jahre 1455 .... nemohl têch dêdin zapisovati a z té také příčiny, zê j'est Z .... ty dêdiny prve puohonem nařekl .... (er konnte das Erbgut nicht verschreiben, weil Z .... früher dasselbe mit einer Belangung in Anspruch genommen hat). Jireček, Codex III, 2, 33. — Aehnlich eine Entscheidung des Landgerichtes: Pohnal li by kto koho z čeho apotom puohonu, že by pohnaný statek svůj zapsal někomu nebo summu na témž statku, že ten, ktož tím puohonem co vysoudí muže právo pîedsevésti na ten statek, a zápis ten není jemu ke škodé ani na překážku .... (Wenn jemand einen anderen wegen etwas belangt, und wenn nach dieser Belangung der Belangte sein Gut oder eine Summe darauf verschreibt, so kann der Kläger nach dem Urtheile doch die Execution auf das Gut führen, und die Verschreibung bildet für ihn kein Hinderniss ....). Archiv Český (Böhm. Archiv) XIX, Bd. 536. Vgl. Všehrd III, 7, 20 und 21; Vladislavische Landesordnung 92; Landesordnung 1530, Art. 89; 1549, Art. E. 1; 1564, Art. D. 23. [Also entsprechend dem nexti-canthichio des salischen Rechts. — Kohler].

[46]) Troppauer Landtafel I, f. 116; Mährische Landesordnung 1535, Bl. XLI; 1545, Bl. XLVb; 1604, Bl. LIVb.

[47]) Entscheidung des Landgerichtes: Obdrží li ktojakú při, nemuož toho práwa swého obdrženého zapsati jinému, leč najprv dá na úmluvu a učiní zvod (Gewinnt jemand einen Streit, so kann er sein Recht vor der úmluva und dem zvod niemanden verschreiben). Archiv Český XIX, 597. — Aehnlich Vladislavische Landesordnung 40; Landesordnung 1530, Art. 40.

[48]) Kn. Drnov., S. 121.

tafel[49]). Ausnahmsweise konnte auch in Böhmen das auf Contumacirung sich stützende Recht (právo stanné) gleich nach dem Urtheile übertragen werden[50]). Vor diesen hier angeführten Momenten konnte das Recht weder im Veräusserungswege noch im Erbwege auf eine andere Person übergehen[51]).

Dass diese Bestimmungen leicht zur Chicane führen konnten, ist begreiflich. Dagegen wehrte sich das Recht einerseits durch Androhung von schweren Geldstrafen für unbegründetes Belangen[52]), andererseits durch Feststellung der Zeit, bis zu welcher die Belangung auch wirklich durchgeführt werden musste[53]).

Uebrigens war das Klagen im böhmischen Rechte dadurch erheblich erschwert, dass der Kläger ein Immobiliarvermögen haben musste im Werthe des bestrittenen Objectes[54]). Mit der Zeit ist es erlaubt worden, die fehlende Summe durch Bürgen zu ersetzen[55]). Eine Ausnahme von dieser Regel galt bloss für die Wittwen in Bezug auf ihr Heirathsgut und für den Erben, dem das Erbgut entzogen wurde. Die Fremden und Gäste mussten die ganze Summe verbürgen, während sie

---

49) So wird in Reliquiae tabularum (ed. Emler) übertragen omne jus eorum obtentum, inductum et dominatum (I, 110, vom Jahre 1455) und ius obtentum, inductum, dominatum et taxatum (II, 271).

50) Vladislavische Landesordnung 41.

51) Nach Andreas von Duba (Výklad, Art. 42 und 49) wird dies Recht erst nach der dominatio vererbt.

52) So ein Urtheil vom Jahre 1454. Jireček, Codex III, 2, 18; die Mährische Landesordnung 1545, Bl. XXVIa, 1562, Bl. XVa, 1604, Bl. XXXIIIa.

53) Nach Andreas von Duba (Art. 114) in einem Jahre. Vgl. das Urtheil vom Jahre 1454 in Codex III, 2, 18.

54) So galt es noch nach einer Entscheidung vom Jahre 1397. Lippert, I, 361.

55) Vladislavische Landesordnung 44; Landesordnung 1530, Art. 40; 1549, Art. C 24.

in der ältesten Zeit wohl gänzlich vom Rechte ausgeschlossen waren [56]).

Es erscheint also als die einzige Folge der durch die Belangung bewirkten Gebundenheit des strittigen Objectes die Priorität vor einem jeden nachfolgenden Rechtsgeschäfte; diese Gebundenheit erscheint als ein absolutes, gegen jedermann wirkendes Recht. Wir können diese Gebundenheit charakterisiren als ein Pfandrecht [57]) mit resolutiver Bedingung, der gerichtlichen Zustimmung, bei dem jedoch jede Disposition seitens des Pfandgläubigers, sowie der Uebergang im Erbwege ausgeschlossen wären, oder wir werden viel einfacher von einem dinglich wirkenden Veräusserungsverbote sprechen, verbunden mit Nichtigkeitserklärung des gegen die Vorschrift eingegangenen Rechtsgeschäftes.

Die eigentliche Execution begann in Böhmen mit der úmluva, in Mähren mit posudek; in beiden Fällen handelte es sich um eine Frist, die dem Verurtheilten gegeben wurde zur freiwilligen Erfüllung des Urtheils, bevor zur Zwangsvollstreckung gegriffen wurde.

Die úmluva [58]) ist die Mahnung des Beklagten zur Erfüllung, da er den Process verloren hatte, indem er entweder verurtheilt würde, oder den Anspruch des Klägers anerkannt hat [59]). Voraussetzung einer úmluva ist also entweder ein Urtheil (des Landrechtes, oder eine Urtheils-Relation des Kammergerichtes, des Prager oder Grätzer Burggrafengerichtes, des Schieds- oder Hauptmannsgerichtes, bezw. der königlichen Kanzlei) oder das erstandene Recht (stanné právo, setzt die

---

[56]) Mährische Landesordnung 1545, Bl. YXVIa; 1562, Bl. XV; 1604, Bl. XXXI.

[57]) Diese Ansicht hat angedeutet, nicht aber näher untersucht Stieber („Kvývoji správy" zur Entwickelung der Gewährleistung, 1901).

[58]) Lateinisch monitio, admonitio, deutsch Vereinbarung, Mahnung.

[59]) Andreas von Duba, Art. 42; Všehrd IV, 13, 3.

Contumacirung voraus), Rechtsanerkennung und Entscheidung im Concurs [60]).

Die Erfüllungsfrist betrug in der älteren Zeit sechs Wochen [61]), wurde aber später auf zwei Wochen [62]) abgekürzt. Es blieb jedoch dem Sieger im Processe anheim gegeben, ob er eine längere Frist gewähren wollte oder nicht; nur durfte er freilich nicht die Verjährungsfrist (léta zemská, 3 Jahre 8 Wochen) ablaufen lassen.

Auf ein persönlich oder durch einen Stellvertreter vorgebrachtes, mündliches oder schriftliches Gesuch, wurde die úmluva in einer genau bestimmten Form [63]) vom Landtafelamte gegeben. In der Formel musste der Grund der úmluva (Urtheil, erstandenes Recht, Gewährleistung) angeführt werden. Der Meister der Kämmerlinge [64]) (starosta komorničí) trug die Bewillung zur úmluva in seine Register ein. Der Gerichtsbote, der zur úmluva entsendet wurde, stattete nach seiner Rückkehr einen Bericht ab, der in die Landtafel zu der gehörigen Eintragung angemerkt wurde (Belangung, Entscheidung, Kauf) [65]).

---

[60]) Ausführlich bei Teige, Úmluva. Prag 1893.

[61]) So hat es der Ordo judicii terrae (Art. 22), bei dem auch noch das Interessante sich vorfindet, dass die monitio nicht einmal, sondern dreimal in Zwischenräumen von sechs Wochen zu wiederholen ist, so dass die Zeit der Monitio mit achtzehn Wochen sich ergiebt.

[62]) Dieses neuere Recht kommt schon in Majestas Carolina (Art. 104) und bei Andreas von Duba (Art. 42) vor; später bleibt es schon bei dieser kürzeren Frist.

[63]) Die Úmluva war in Form eines Befehles an den Bedellen gegeben: Daj úmluvu B—voi— .... od Š .... po právu staném ať to opatří do dvú neděl .... (Gieb die úmluva dem B .... vom Š .... auf Grund des erstandenen Rechtes, dass er es erfüllt binnen zwei Wochen ....). Všehrd IV, 13, 6; VIII, 12; Vladislavische Landesordnung 25.

[64]) Diese Bezeichnung stammt aus einem deutschen Manuscripte nach Brandl, Glossarium 322.

[65]) Všehrd IV, 13, 9; VIII, 6.

Die posudky[66]), die wie gesagt in Mähren dieselbe Function hatten wie die úmluva in Böhmen, wurden jährlich zweimal in Olmütz (den Freitag vor Georgi und Martini) und zweimal in Brünn (den Freitag nach Georgi und Martini)[67]) abgehalten. Es musste selbsverständlich auch dafür gesorgt werden, wenn der eine oder der andere dieser Feiertage selbst auf Freitag fiel. Die Sitzung wurde abgehalten unter Anwesenheit des Oberstkämmerers, des Oberstlandrichters und des Oberstlandschreibers, sowie der kleinen Beamten; vormittags in den Localitäten des Landrechtes, und sollte in älterer Zeit bis Mittag beendet sein; später mussten die posudky wegen Vermehrung der Fälle auch auf Nachmittag, ja sogar auf den nächsten Tag verlängert werden.

Wollte die gewinnende Partei die Leistung hier nicht annehmen, so wurde die Summe einfach beim Landrechte deponirt; erschien aber der gewinnende Theil überhaupt nicht, so war der Verurtheilte, falls er die Leistung angeboten hatte, von derselben frei. Das Nichterscheinen der verlierenden Partei hatte in der älteren Zeit die sofortige Einführung in den Besitz des bestrittenen Objectes zur Folge[68]). Freilich war es in älterer Zeit aus einem triftigen Grunde, später ohne weiteres erlaubt, sich durch einen mit gesiegelter Vollmacht versehenen Stellvertreter vertreten zu lassen. Dieser Bevollmächtigte konnte sich den Process auch cediren lassen, worauf er weiter im eigenen Namen auftrat[69]).

---

[66]) Posudek ist das, was po sudě (nach dem Gerichte) folgt. Lateinisch wird es mit subjudicium, deutsch Afterrecht bezeichnet. Es handelt sich hier um dieselbe Institution, wie es in manchen deutschen Ländern das Nachgedinge war.

[67]) Kn. Tovačovská 111; Kn. Drnovská 50; Mährische Landesordnung 1535, Bl. LV; vgl. auch Kameníček, Zemské sněmy a sjezdy moravské (Mährische Landtage und Landesversammlungen), II. Bd., Brünn 1902, S. 93.

[68]) Kn. Tovačovská, 119.

[69]) Mährische Landesordnung 1545.

In Troppau[70]) wurden die posudky abgehalten die ersten Freitage vor Castulus, nach Allerheiligen und vor Elisabeth für Pfingstenlandrecht, und die ersten Freitage vor Judica, Quasimodogeniti und vor Georgi für das Vorweihnachtslandrecht, unter Anwesenheit des Oberstlandkämmerers, Oberstlandrichters und Oberstlandschreibers und der höheren Beamten. Die über die Sitzungen geführten Protocolle wurden in besondere Bücher (knihy posudkové) eingetragen.

In der älteren Zeit in sechs, später in zwei Wochen nach úmluva folgte der zvod[71]), die Einführung. Den Besitz konnte zwar der Eingeführte dadurch erlangen, es war aber nicht nothwendig. Durch die Einführung wird für den Sieger im Process ein definitives Pfandrecht erworben; zugleich wird aber sein bisheriger Anspruch beschränkt, da er sich von nun an bloss an das halten muss, in was er sich einführen liess, ohne Rücksicht darauf, auf was er geklagt hat. Hatte er klageweise mehr in Anspruch genommen, als er sich später einführen liess, so beschränkte sich sein Recht auf das letztere auch für den Fall, wenn es sich später zeigte, dass dies nicht zureichend sei[72]). Der Nachtheil dieses Grundsatzes zeigte sich darin, dass immer mehr als thatsächlich nöthig war, mit zvod in Anspruch genommen wurde.

---

[70]) Lepař, Historiché hovory o našem Slezsku (Historische Gespräche von unserem Schlesien). Prag 1881.

[71]) Lateinisch inductio in bona, in possessionem. Als ein Beispiel des gewöhnlichen Verfahrens sei angeführt aus Rel. Tab. I, 81: Die Klage wurde aufgestellt am 12. April 1402; der terminus ad judicium erfolgte am 19. Mai, 10. Oktober, 22. Dezember 1402; 9. März, 8. Juni, 1. Oktober, 21. Dezember 1403; 22. Februar, 23. Mai, 1. Oktober 1404. Da der Beklagte nicht erschien, erfolgte der terminus monere am 19. Dezember 1404; 13. März, 1. Oktober, 18. Dezember 1405; 5. März 1406; die Zeit der monitio ist nicht eingetragen; die inductio war am 1. April 1407, die dominatio am 22. April 1407, 20. November 1408, 30. April 1409, die taxatio am 22. Juli 1409, die letzte dominatio am 4. September 1409. Der ganze Process samt der Execution dauerte also länger als sieben Jahre.

[72]) Všehrd IV, 14, 11.

Die Einführung geschah zuerst auf Erbgut, und erst in Ermangelung dessen auf verpfändete königliche und kirchliche Güter; doch konnten aus dem Grunde der Gewährleistung die letzteren nicht in Anspruch genommen werden. Selbstverständlich konnte die Einführung als Grundlage dienen nur für die Verschaffung desjenigen Rechtes, das der Vormann besass[73]).

Das Recht, die Einführung durchzuführen hatten als eigenes Recht: der Vicekämmerer, der Vicelandrichter und der Vicelandschreiber, die kleineren Beamten dagegen bloss im Namen des ganzen Landrechtes[74]).

Auf Grund eines beim Landtafelamte vorgebrachten Gesuches wurde ein Einführungsbrief (list zvodní) ausgefolgt. Mit diesem wurde ein Gerichtsbote zum Executen gesandt, um seine Erklärung, ob er die Einführung annehme oder nicht, zu erwirken. Hatte er sie angenommen, so wurde darüber eine Relation in die Landtafel eingetragen, widrigenfalls wurde sein Weigern einfach dem Amte mitgetheilt[75]).

Erst dann konnte ein Beamter mit einem Gerichtsboten den Sieger im Processe einführen. Die Anwesenheit des Siegers bei der Einführung war zwar wünschenswerth, damit nichts zu seinem Nachtheil geschähe, aber nicht unentbehrlich. Der Beamte verfasste auf Grund einer Landtafelrelation auf Ort und Stelle die Zvodrelation und las sie unter freiem Himmel

---

[73]) Všehrd IV, 14, 13—19, Vladislavische Landesordnung, Art. 177.

[74]) Nach Andreas von Duba (Art. 44—46) ist die Competenz getheilt. Es gehören nämlich dem Kämmerer die Einführungen bei jedem Streite um Erbgut, Wergeld, Stutenweide (zvody k dédictví, o příhlaví, z kobylího pole); dem Schreiber und Richter dagegen die Einführungen wegen Schaden, Schulden, Hypothek und Faustpfand (o škody, o dluhy, o zástavy, o základy); allen zusammen die Execution der Gewährleistung (o nesprávu). Später hörte diese Unterscheidung auf. Všehrd IV, 14, 8.

[75]) Diese Formalitäten kommen zum ersten Male in der Landesordnung vom Jahre 1530 (Art. 25) vor.

vor den zufällig anwesenden Menschen vor. Nach seiner Rückkehr legte er diese Zvodrelation in der Landtafel nieder [76]).

In Mähren wurde im Jahre 1523 die früher usuelle sofortige Einführung nach dem posudek abgeschafft und es folgte seitdem dem Zvodgesuche zuerst das sogen. určení [77]), Verbürgung, die Feststellung des Zvodobjectes und erst nach 14 Tagen auch der zvod, bei dem das Zusammenrufen der Gemeinde mit dem Richter an der Spitze nöthig war [78]). Auch hier erfolgte eine Eintragung in die Landtafel [79]).

---

[76]) Die Eintragung lautete: Anno domini MCCCXIX coram A. camerario, U. judice, Z. notario ceterisque Pragensibus beneficiariis M. vicenotarius cum camerario M. induxit fratrem B. super hereditatem S. quitquit ibi habet. (Rel. Tab. I, 11) .... Die böhmische Form findet man bei Všehrd IV, 14.

[77]) Zum určení kam es auf Verlangen der Partei: „Pane komorníče, pane sudí i všickni úředníci, žádám zvodu na V ...., vedle přísudu a nálezu panského, ponêvadž mi tuto na tomto posudku před Vámi dosti nečiní na statek jeho V ....“ (Herr Kämmerer, Herr Richter und andere Beamten! Ich verlange den zvod gegen den V., nach dem Urtheile des Herrngerichtes, da er mir auf diesem posudek nicht Genüge geleistet hat, und zwar auf sein Gut in V ....). Kn. Tov. 120, Kn. Drn. 52. Brandl versteht unter urušení eine Taxe, die den Beamten zu zahlen war. Dass dies nicht richtig ist, sieht man aus den libri citationum, z. B. II, 87: „S .... přišed před nás úředníky, i žàdal zvodu na K .... ježto zastúpil P ....; tujsme ohledavše pòhon i nález panský i neualezli jsme žádné summy i nechtěli jsme jemu zvodu dáti, až by nám list ukázal, abychom podle toho zvedli, tu on jmenoval nám LXX kop a slíbil nám svú dobrú vêrú, že nás chce vyvaditi, ač by kto nás o to nařekl a tento slib napsali jsme proto v knihy .... (S. ist vor uns Beamte gekommen und hat zvod gegen K ...., den der P. vertrat, verlangt; nachdem wir die Belangung und das Urtheil untersucht und keine Summe gefunden haben, wollten wir ihm den zvod nicht früher gestatten, bis er uns die Schuldverschreibung zeigt, damit wir uns nach dieser beim zvod richten können. Da nannte er die Summe von 70 Mark und versprach auf seinen guten Glauben, er wolle uns schadlos halten, wenn uns jemand deswegen ansprechen sollte; und dies sein Versprechen haben wir in die Bücher eingetragen.)

[78]) Kn. Drn. 52; Mährische Landesordnung 1535, Bl. LVIa.

[79]) „Nos B .... minor camerarius, W. cudarius et P. notarius

Fühlte sich jemand durch den zvod in seinen Rechten verletzt, so durfte er zwar keinen Widerstand dem zvod leisten, konnte aber den Rechtsweg in der Art einer Widerspruchsklage (odpor) antreten. Als hauptsächlichste Widerspruchsgründe werden angeführt die Execution auf Fremdes und die Execution gegen den Gewährsmann vor dem eigentlichen Schuldner [80]).

Die Widerspruchsklagen wurden gleich am Anfang der Landrechtsitzung nach den Bürgschaftsklagen behandelt [81]). Während in Mähren im Falle eines Widerspruches nicht weiter procedirt werden konnte, wurde in Böhmen zwar der zvod zu Ende geführt, die weitere Execution war aber auch hier ausgeschlossen [82]). Der Widerspruch war immer mit einer grossen Gefahr für den Widersprechenden verbunden [83]).

Geschah das Ersuchen um den zvod erst ein Jahr nach dem Urtheil, so hatte es keine Wirkung mehr, es wäre denn, dass die Verzögerung durch Verschulden der Beamten herbeigeführt wurde, in welchem Falle sich der Beschädigte an diese zu halten hatte [84]).

Bei der Execution wegen Schadenersatz war selbst durch den zvod nichts verloren, da der verlierende Theil durch Bezahlung des Schadens und der durch die Execution verursachten

---

czudarii czude minoris Olomusensis induximus N. et heredes suos super castro et ciuitate St. cum omnibus pertinentiis jure hereditario, presentibus F. K. de P., M., N .... scabinis de Sternberg (Lib. cit., I, vom Jahre 1407); ähnlich I, 146, 214, 217, 264, 318, 397; II, 387, 463; VI, 86, 157. — Beispiele von Einführungen des kleineren Landrechtes in Codex Moraviae XIV, Nr. 71. — In Troppau wurde ähnlich eingetragen, so z. B. Troppauer Urtheilsbücher, Fol. 86 vom Jahre 1470.

[80]) Záp. Žer. I, 129, 253, 258. — Rel. Tab. I, 239.

[81]) In Mähren nach einem Landrechtsbeschlusse vom 23. November 1515. — In Böhmen hat zwar schon Všehrd den Wunsch über eine solche Behandlung geäussert, es blieb aber beim blossen Wunsche.

[82]) Všehrd IV, 14, 29; Kn. Drn. 55.

[83]) Všehrd IV, 14, 22; in Mähren wurde der verlierende Widersprecher mit Rathhausgefängniss bestraft.

[84]) Kameníček, Snĕmy II, 94.

Kosten sein Gut befreien konnte; wozu es jedoch merkwürdigerweise sehr selten kam [85]).

Da es gewöhnlich nicht zur Befriedigung des Klägers kam, war die weitere Execution nöthig, wobei zu unterscheiden ist, ob es sich um die Execution eines Eigenthumsurtheils, oder eines Schadenurtheils [86]) handelte.

Im ersten Falle wurde dem Sieger nach zwei Wochen vom zvod gerechnet auf sein Verlangen von den kleineren Beamten ein Wehrlosbrief [87]) (list obranní) an den Oberstburggrafen ausgestellt, welcher ihn endgültig in den factischen Besitz des Grundstückes einführte.

Im zweiten Falle, wo es sich um Geldforderung handelte, erfolgte in zwei Wochen nach dem zvod die sogen. leere dominatio (jalové panování) [88]). Es sollte sich nämlich dreimal nacheinander in einem Zwischenraume von zwei Wochen der Sieger in Begleitung eines Bedellen (und zwar jedesmal eines anderen) und eines Burggrafenboten auf das Gut des Verlierenden begeben und hier soviel Vieh pfänden, wieviel

---

[85]) Als solch ein seltenes Beispiel können wir die Landtafeleintragung, II, Bd. 16 vom Jahre 1551 anführen: F . . . . pustil jest zvod tento a práwa wedení zase z desk purkmistru a konšeluom a wší obci mèsta mladého Boleslawě, kterýž jest na dêdiny jich w témž zwodu jmenowané, kterých oni v drženi jsou, pro nesprávu učînil . . . . z desk vymazáno. (F . . . . hat diesen zvod und die Execution, den er auf die im zvod angeführten Güter des Bürgermeisters, der Räthe und der ganzen Stadt Jung-Bunzlau, in deren Besitz sie sich befinden, geführt hat, denselben wieder freigelassen . . . . Es wurde die Sache aus der Landtafel gestrichen.)

[86]) Das böhmische Recht nennt im Gegensatz zu den Eigenthumsklagen alle übrigen Klagen einfach Schadenklagen in diesem Sinne.

[87]) Lateinisch litterae tuitionis. Näheres findet sich bei Všehrd VIII, 22—27. Hier sei nur bemerkt, dass man sich des Wehrlosbriefes überhaupt zum Zwecke der thatsächlichen Einführung in den Besitz bediente. Vgl. auch Landesordnung 1564, Art. D 19 und 20.

[88]) Das panování bedeutet so viel als das Beherrschungsrecht. Vgl. Všehrd IV, 15, 3.

nöthig war zur Deckung der Zinsen[89]). Im Ganzen sollte nach dem älteren Rechte ein Intervall von anderthalb Jahren, nach dem späteren von einem Jahre ablaufen, bevor zur weiteren Execution geschritten werden konnte[90]).

Nach Ablauf von weiteren zwei Wochen verschaffte sich der Kläger einen Beschickungsbrief (list obesílací)[91]), durch welchen dem Schuldner mitgetheilt wurde, dass in zwei Wochen die Schätzung (odhad) vorgenommen werde. Zugleich wurden die Nachbaren unter einer Strafe von 10 Mark zur Betheiligung an der taxatio aufgefordert[92]).

Anwesend waren bei der Schätzung gewöhnlich der Vicekämmerer mit einem Gerichtsdiener, der Kläger oder sein Vertreter und die Nachbaren als Zeugen. Der Besitzer war nicht verpflichtet zu erscheinen; doch kam gewöhnlich auch er, von seinen Freunden begleitet.

Der Vicekämmerer besichtigte das Gut und erkundigte sich nach den Preisverhältnissen in der Gegend, um sich nach ihnen bei der Schätzung richten zu können. Bei der Zusammenstellung der Schätzung war er an eine bestimmte Rangordnung gebunden; es wurde nämlich taxirt in folgender Reihe: zuerst der Grundzins, dann das Erbgut, die Wiesen, die Wälder, die Teiche, die Bächer und zuletzt der Hof, die Burg, das Schloss. Eine Mark Zins wurde taxirt für zehn Mark Kapital, ein Robottag für zwei Groschen etc. . . .[93])

---

[89]) So nach Andreas von Duba 51. Die Landesordnung 1530, Art. 25 führt nur das erste und dritte panování an; das zweite fällt überhaupt fort. Das dritte geschieht zwei Wochen nach dem nächsten Feste des St. Kastalus oder Georgi. — Die Landesordnung 1549, Art. C 30 kennt aber bloss ein panování, nach welchem dann 14 Tage nach dem nächsten St. Kastalus oder St. Georgius die Schätzung erfolgte.

[90]) Es sind hier also doppelte Fristen.

[91]) Form dieses Briefes bei Všehrd VIII, 21. — Im Gegensatz zu allen übrigen Landtafelbriefen wurde der Beschickungsbrief versiegelt ausgegeben.

[92]) Všehrd IV, 16, 2.

[93]) Všehrd IV, 16, 10 und 12, Landrechtsentscheidung in Archiv Český XIX, 528.

Die abgeschätzte Summe musste das Kapital, die Zinsen und den Schaden (d. h. die Gerichtskosten) decken[94]; überstieg der Ertrag des zvod diese Kosten, so wurde die Beschlagnahme des Restes aufgehoben. Die Einführungsrelation bildete übrigens auch die Grundlage für die jetzt zu errichtende Taxationsrelation.

Die Schätzung erfolgte vormittags, später war es bloss nöthig vormittags mit ihr anzufangen und nachmittags sie fortzuführen[95].

Der Widerspruch (odpor) gegen die Schätzung war nur aus wichtigen Gründen erlaubt; der grundlose Widerspruch wurde als Auflehnung gegen das Recht betrachtet[96].

Es konnten auch zwei Schätzungen für zwei verschiedene Kläger nach einander erfolgen, wenn das Gut für beide genügte[97].

Der Abschluss der Execution erfolgte in Form einer vollen domination (plné panování)[98]. Die Beamten stellten nämlich den neuen Herrn seinen Unterthanen vor und letztere leisteten ihm den Homagialeid (slib člověčenství). Zuletzt riss der Beamte ein Stück Stroh oder Holz vom Dache ab und verbrannte es unter freiem Himmel und sprach dabei in feier-

---

[94]) So steht in der Landtafel III, E. 10 zum Jahre 1521 .... M. místokomornik mocí úřadu svého s komorníkem odhádali sú dědiny zápisné Jana Z. ku pravému právu dědickému. Stalo se toto odhádání v summě hlavní ve 33 k. 22 gr. č., z úrokuov zadržalých 10 k. gr. č., škod a náhladuov 14 k. a 41½ gr. č. (M. Vicekämmerer hat mit einem Gerichtsboten geschätzt die verschriebenen Güter des Johann von Z. zum echten Erbgute, ... Die Schätzung geschah in der Summe des Hauptkapitals von 33 Mark 22 böhm. Groschen, der Zinsen von 10 Mark und des Schadens und der Kosten von 14 Mark 41½ böhm. Groschen.)

[95]) Všehrd IV, 16, 16.

[96]) Vladislavische Landesordnung, Art. 28.

[97]) So eine Entscheidung des Landrechtes in der Landtafel, A III, 860, vom Jahre 1465.

[98]) Nach der Vladislavischen Landesordnung sollte dieses zweite panování erst 14 Tage nach Abschätzung geschehen.

licher Weise den Namen des neuen Herrn aus. Zur Zeit des Všchrd wurde bereits diese dominatio als ein bloss formeller Act angesehen. Nach Andreas von Duba[99]) erfolgte die dominatio erst zwei Wochen nach der Schätzung und hatte den einzigen Zweck, dem Berechtigten die Möglichkeit des Widerspruches zu gewähren.

In Mähren, wo es keine dominatio gab, folgte in zwei Wochen nach dem zvod die Schätzung[100]) in denselben Formen wie in Böhmen, und nach ihr in weiteren zwei Wochen die adhaeredatio (přidědění), indem ein Dachschindel dem neuen Herrn übergeben wurde mit der Erklärung: Das sei für dich ein Zeichen, dass dies Erbgut dein ist[101]). Die Schätzung und die adhaeredatio wurde seitens des Kämmerers, des Richters und der kleineren Beamten durchgeführt. Bei der nächsten Landtafelöffnung wurde das Gut für den Kläger in die Bücher eingetragen[102]).

Auch in Troppau folgte nach dem zvod in zwei Wochen die Schätzung durch den Richter und die kleineren Beamten, und in weiteren zwei Wochen die adhaeredatio durch den Kämmerer und die kleineren Beamten, worauf die Eintragung in die Landtafel durchgeführt wurde[103]).

---

[99]) Art. 55.

[100]) Kn. Tov. 121; Kn. Drn. 52, Mährische Landesordnung 1535, Bl. LVI b, Lib. cit. II, 219 etc. Interessant ist die sogen. summarische Schätzung, im Falle der Verurtheilte die Schätzung dadurch vereiteln versuchen möchte, dass er seinen Leuten nicht zu erscheinen befiehlt. Kn. Tov. 126.

[101]) „Tot' jest znamení tobê, že tato dêdina jest tvà, a dêdictví tvé." Kn. Tov. 122; Libri cit. I, 320. — Die Eintragung geschah gewöhnlich auf einmal. So in Libri cit. I, 219 .... adhereditatum przydyedyeno i przyhadano gest H. in bonis domini F. in villa N. in XVIII. laneis bene locatis et non desertis .... et in tersio curticula deserta remansit domino F. censûs annuus II gr. in ducentis XXX mar. XX mar. cum tribus m. census annui in quibus dominus P. pro jure suo demonstratus est ....

[102]) Mährische Landesordnung 1535, Bl. LVII b.

[103]) Lepař, Hovory, S. 32.

Eines besonderen Falles, nämlich der Execution auf Lebensrenten und Pfänder sei hier noch Erwähnung gethan.

Die Leib(Lebens)renten wurden zwar im grossen und ganzen wie andere Rechte durch Execution in Anspruch genommen, doch fehlte bei ihnen die adhaeredatio, und bei der Schätzung wurde eine Mark Rente für fünf Mark Kapital gerechnet. Die Dauer des so erworbenen Rechtes war freilich beschränkt, indem es mit dem Tode des Erstberechtigten sein Ende nahm[104]).

Baares Geld, Schulden und Forderungen executionsweise in Anspruch zu nehmen, war nach dem altböhmischen Landrechte ausgeschlossen[105]).

Auf verschriebene, verpfändete Güter konnte man in Böhmen in der älteren Zeit den zvod überhaupt nicht verlangen; dies wurde erst durch eine Verfügung des Königs

---

[104]) Kn. Tov. 125; Kn. Drn. 54; Mährische Landesordnung 1535, Bl. LX b.

[105]) So eine Entscheidung des Olmützer Rechtes vom Jahre 1499: Václav z O. pohoním Hynka z F .... že sem na M. právem ustaným obdržel 20 hř gr. i ptal jsem se na posudku přcd pány úředníky, měl li by, kdc co M? .... Tu jest Hynek z F .... povêdêl, že k rozkázání p. Ladislava komorníka položil jest u Chyby v Hradišti k vêrné ruce 40 zl. a já vêře jeho řeči uvedl jsem se na ty peníze, k terýchž jsú tu páni úředníci anî ja neňalezli, a tak skrze jeho řeči to právo ústanné jsem sobě zmrhal a on mi toho spraviti nechce .... Nâlez: poněvadž Václav neobyčejného zvodu na hotové peníze žádal, že tomu Hynek odpovídati nemá (Ich Wenzel von O. belange den Hynek von F ...., dass mir gegen den M. auf Grund eines erstandenen Rechtes 20 Mark zuerkannt wurden, und da fragte ich auf dem posudek vor den Herrn Beamten, ob M .... irgendwo etwas hat? Das hat Hynek von F. gesagt, dass er auf Befehl des Herrn Bedellen Ladislaus beim Chyba in Hradišt' zur treuen Hand 40 Gulden deponirt hat; ich glaubte seinem Worte und führte die Execution auf dies Geld, doch weder ich noch die Herrn Beamten fanden sie vor, und so habe ich mein erstandenes Recht durch sein Verschulden verloren und er will mir das nicht ersetzen .... Entscheidung: Weil Wenzel einen ausserordentlichen zvod auf baares Geld verlangt hat, so braucht ihm Hynek in dieser Sache nicht zur Antwort stehen).

Vladislav [106]) ermöglicht; doch blieb auch jetzt diese Möglichkeit beschränkt, indem man bloss auf Grund eines erstandenen Rechtes und eines Urtheils, nicht aber auf Grund einer Gewährleistung das verschriebene Gut in Anspruch nehmen konnte, und selbst da nur bis zur Höhe der verschriebenen Summe, wobei es demjenigen, der das Auslösungsrecht (právo výplaty) hatte, vorbehalten blieb, von diesem seinem Rechte Gebrauch zu machen.

In Mähren war dies mit derselben Beschränkung schon früher erlaubt [107]). Da aber hier die Verpfändungen nicht in die Landtafel eingetragen wurden, war es nöthig, bei einer solchen Gelegenheit die briefliche Verschreibung beim Landtafelamte zu deponiren, damit dem Eigenthümer die Möglichkeit der Auszahlung gegeben werde. Wurde diese Deponirung unterlassen, konnte der Eigenthümer der Schätzung gegenüber seinen Widerspruch wirksam zur Geltung bringen.

In dem Falle jedoch, wo man nicht gegen den Pfandgläubiger, sondern gegen den Pfandschuldner die Execution auf ein Pfand führen wollte, indem man die Hyperocha in Anspruch nahm, musste der Exequent den Pfandgläubiger durch Zahlung der Pfandsumme, die dieser in jedem Falle annehmen musste, befriedigen, und konnte erst dann den zvod vornehmen lassen [108]).

Die Verneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren haben die Execution bei den alten Formen belassen.

Die Wirkung der Belangung blieb dieselbe wie früher [109]).

---

[106]) Vladislavische Landesordnung 177.

[107]) Kn. Tov. 123, 124; Mähr. Landesordnung 1535, Bl. LIXa.

[108]) Rel. Tab. I, 227.

[109]) Böhm. Verneuerte Landesordnung, Art. G. V. (ed. Jireček in seinem Codex). Johanny (Geschichte und Reform der öst. Pfandrechtspraenotation. Wien, 1870) hält diese Bestimmung für etwas neues, wir haben wohl oben genug nachgewiesen, dass wir es hier mit einem alten böhmischen Rechtsinstitute zu thun haben.

Auch die einzelnen Theile der Execution wurden beibehalten, nur die Fristen und Formen hie und da abgeändert.

Vierzehn Tage nach der úmluva erfolgte der zvod durch einen Einführungsbrief (zvodní list)[110]), der entweder persönlich übergeben werden musste, oder dessen Abschrift dem nicht anwesenden Betroffenen in seinem Hause gelassen wurde. In vier Wochen musste man entweder Widerspruch erheben oder man musste den Besitz übergeben, sonst wurde gegen ihn ein Werlosbrief erlassen[111]).

Im Falle eines Schadenanspruches folgte dem zvode in vier Wochen die erste dominatio, und in vierzehn Tagen darauf die Herausgabe des Schätzungsbriefes, in welchem dem Schuldner anheimgestellt wurde, den Widerspruch innerhalb vier Wochen zu erheben. Unbegründeter Widerspruch wurde mit einem Fünftel der Hauptsumme bestraft. Nach Ablauf dieser vier Wochen hat der Vicekämmerer die Schätzung durchgeführt, indem er zuerst dem Gläubiger die einen Marktwerth habenden Mobilien ins Eigenthum übergab, und erst dann ihn für den Rest der Forderung in Besitz eines entsprechenden Theiles von Immobilien eingeführt hat. Dem Schuldner war es gestattet, die letzteren binnen acht Wochen auszulösen oder um einen entsprechenden Preis zu verkaufen. That er dies nicht, so wurden nach vierzehn Tagen auch die letzteren durch die letzte dominatio in das Eigenthum des Gläubigers gebracht[112]).

Dieser Art der Execution, die auch in Mähren eingeführt wurde, wobei aus allen abweichenden dortigen Bestimmungen nur dir posudky beibehalten wurden[113]), wurde auch durch die Declaratorien und Novellen vom Jahre 1640 nicht viel tangirt[114]).

---

110) Böhm. V. Landesordnung, G. XIII.

111) Böhm. V. Landesordnung, G. XIV.

112) Böhm. V. Landesordnung, G. XVIII.

113) Mähr. V. Landesordnung, L.V. (ed. Jireček).

114) Abtheilung F f.

§ 3.

Von der Besitznahme (uvázání).

Neben der gemeinen Execution, dem zvod im weiteren Sinne, kennt das böhmische Recht eine besondere Art der Execution in Form einer Pfändung, die ihre Anwendung beim Pfandrechte fand. So lange man mit der Verpfändung auch sofort den Besitz übergab, so lange also die sogen. ältere Satzung im böhmischen Rechte vorherrschend war, war dies wohl nicht nöthig; der Gläubiger hatte ja den Besitz, und mehr brauchte er nicht. Nachdem aber einmal die Rechtsentwickelung zur neueren Satzung, zum Pfandrechte ohne Besitzübergabe gelangt ist, war die langsame gemeine Execution mit ihren schwerfälligen Formen nicht gut anwendbar. Da half sich der Rechtsverkehr allein, indem er eine besondere schnelle Execution, durch eine Art gerichtliche oder aussergerichtliche Pfändung eingeführt hatte zum Zwecke der Einführung des Pfandgläubigers in den Besitz des Pfandobjectes. Man bezeichnet diese Art von Pfändung böhmisch uvázání, deutsch etwa Besitznahme, nach der Verneuerten Landesordnung Einführung.

Als man später die neue Art des Pfandrechtes auch zur Umgehung des königlichen Heimfallsrechtes angewendet hatte, da hat man auch hier von der Besitznahme Gebrauch gemacht. Wohl muss aber bemerkt werden, dass in allen Fällen bis zum Jahre 1640, d. h. bis zu den Declaratorien und Novellen nur dann zu dieser Pfändung gegriffen werden konnte, wenn dem Gläubiger dieses Recht ausdrücklich im Vertrage eingeräumt wurde, und dass er in allen den Fällen, wo dies nicht geschah, nur im Wege der gemeinen Execution sein Recht zur Durchführung bringen konnte; doch sind die letzteren Fälle in Böhmen äusserst selten.

Všehrd[115]) definirt ganz richtig die Besitznahme, als die

---

[115]) Uvázání jest zápisníka nebo nápadníka jednoho nebo nêkolika v dêdictví zapisujícího nebo zapisujících za jeho nebo za jich živnosti

Einführung eines oder mehrerer Pfandgläubiger oder Erben in den Besitz des Gutes des Pfandschuldners oder des Erblassers nach dessen Tod oder auch zu Lebzeiten, seitens eines Gerichtsboten, oder auch aus eigener Macht auf Grund einer Landtafeleintragung.

Man hat also zwei Arten von Besitznahme zu unterscheiden, die eine mit dem Gerichtsboten, die andere aus eigener Macht. Diese Letztere kann wohl als eine Ausnahme bezeichnet werden. Die Besitznahme aus eigener Macht musste vom Gläubiger selbst durchgeführt werden in einer beliebigen Form, selbstverständlich vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist.

Die Besitznahme wurde eingeleitet dadurch, dass der Pfandgläubiger persönlich oder durch seinen Stellvertreter, mündlich oder schriftlich, vor dem Landtafelamte ein Gesuch um Vornahme derselben eingebracht hatte und einen Bürgen, der genug freies Erbgut besass und erklärte, dass nach seinem Wissen die Besitznahme rechtmässig vorgenommen werde, mit sich brachte[116]. Wurde nämlich die Besitznahme unrechtmässig vorgenommen, so verfiel die führende Partei oder die Bürgen in eine Geldstrafe von 50 Mark, die in 14 Tagen dem Oberstkämmerer zu zahlen waren. Wurde die Geldstrafe bis zu dieser Zeit nicht erlegt, da nahm der Oberstkämmerer mit einem Gerichtsboten die Güter des Bürgen bis zur eventuellen Zahlung in Besitz. Von dieser Pflicht, Bürgen zu stellen, war man nur dann befreit, wenn die Eintragung für mehrere Personen gemeinsam lautete, denn es bürgte dann der eine für den anderen.

Wo es sich nun um neue Verschreibungen gehandelt hat, war zwar eine besondere Verständigung des Besitzers nicht

---

nebo po smrti jich s jedním komornikem nebo bez komornika vedle zápisu a desk zemských uvedenie. Všehrd VII, 1, 1.

[116] In der älteren Zeit war wohl diejenige Cuda zuständig, in deren Gerichtsbüchern sich die betreffende Verschreibung befand. Všehrd VII, 2, 1—4; Landesordnung 1530, Art. 111; Landesordnung 1549, G. 26; Landesordnung 1564, E. 14.

nöthig, geschah aber gewöhnlich aus blosser Freundschaft; wo alte Verpfändungen die Grundlage der Besitznahme bildeten, da war jedenfalls eine solche nothwendig[117]).

Der Gerichtsbote machte sich aus der Landtafel einen Auszug, der die Grundlage für die Besitznahme bildete, und begab sich mit dem Gläubiger oder dessen Stellvertreter auf das verpfändete Gut[118]). Hatte der bisherige Besitzer den Besitz ohne weiteres übergeben, so führte der Gerichtsbote den Gläubiger in den Besitz ein; that er es nicht, so kehrte der Bote zur Landtafel zurück und trug die Besitznahmerelation[119]) in dieselbe ein. Diese Relationen, welche auch

---

[117]) Dies galt auch, wenn die Verschreibung in die dritte Hand gekommen war. Všehrd VII, 2, 7; VIII, 15, 20.

[118]) Všehrd VII, 2, 5, 8, 15.

[119]) Als Beispiele solcher Relation führen wir an: Item anno 1405 in vigilia Purificationis S. M. W. et Ch. cum camerario O. intromiserunt se de hereditatibus Petrikonis in obligatione contentis praescriptis .... et Petřik ibidem recognovit, quia ibi residet in dictis hereditatibus ad ipsorum voluntatem sicut eorum šafář et quod cum ab inde quando voluerint possunt ammovere. (Hoftafel XV, 389). L. 1519 .... F. s komornikem W. uvázal se v dêdiny M. C. .... v dvuor poplužní s poplužím, v městečko, domy, krěmy, a dvory kmetcí splatem a k tomu ve všecky vesnice k témuž hradu a zboží příslušcjící s dêdinami, lukami, lesy, potoky, rybniky, s podacím kostelním v městečku H .... i se vší p .... s panstvím, i v to ve všecko což tu má a což k tomu zboží přísluší pro nedání a nezaplacení puol šêsta sta k gr. č. dluhu pravého, spravedlivého a puojčeného î súrokem na tu summu přišlým jemu F. z S. od téhož M. z D. dskami zapsaných a k tomu v nákladich plným právem. (Im Jahre 1519 .... F. hat in Begleitung des Gerichtsboten W. Besitz genommen von den Erbgütern M. C., dem Landhofe, der Stadt, den Häusern, den Schenken, den Bauernhöfen mit Zins, und dazu von allen Dörfern, die zu derselben Burg und zu demselben Gute gehören, die Erbgüter, Wiesen, Wälder, Bächer, Teiche und das Patronatsrecht in der Stadt H. und die ganze Herrschaft und alles das, was er da zu diesem Gute gehörig hat, mit eingeschlossen, und das hat er gethan wegen Nichtzahlung von 550 Mark echter und gerechter Schuld mit Zins, die M. von D. landtäflich von F. von S. verschrieben hat, und dazu noch wegen der Kosten ....) Landtafel, 84, G. 4 b. — Aehnlich war es bei der Erbverschreibung: A. 1464 .... cum camerario intro-

bei einer Besitznahme aus eigener Macht nöthig waren, enthielten das Datum der Amtshandlung und den Namen des Gerichtsboten, und wurden bei der betreffenden Verschreibung eingetragen. Wo die Verschreibung nicht nur auf ein bestimmtes Object, sondern auf alles zukünftige Gut des Besitzers sich bezog, da war es von besonderer Wichtigkeit, auch den Umfang seines jetzigen Vermögens in der Relation festzustellen [120]).

Der Besitzer war nicht verpflichtet, den Gläubiger sofort in den Besitz einzulassen, denn er hatte eine 14tägige Frist zu einem Widerspruch (odpor) [121]); hatte er aber weder diesen angemeldet, noch den Besitz übergeben, so wurde gegen ihn ein Wehrlosbrief herausgegeben. Jedenfalls konnte sich der Schuldner noch mittels eines Widerspruches dagegen wehren; aber seine processuelle Situation hat sich dermassen verschlimmert, dass er für einen Auflehner gegen das Recht erklärt werden müsste, wenn er dem Gläubiger den Besitz nicht geben wollte. Hat er aber seinen Widerspruch in den oben erwähnten 14 Tagen angemeldet, so blieb er im Besitze des Gutes bis zum Endurtheile, und von einem Wehrlosbriefe gegen ihn konnte keine Rede sein [122]).

Wurde die Besitznahme eines Gutes mit dem Gerichtsboten einmal durchgeführt, so konnte sie nicht mehr wiederholt werden wegen derselben Sache, und es blieb dem Gläubiger, wenn er den Besitz wieder verloren hatte, nur der gewöhnliche Rechtsweg offen [123]).

---

misitude haereditatibus prefatis .... Relatio eiusdem camerarii .... (Hoftafel XXI, 251). — Die Relation der Besitznahme ohne den Gerichtsboten wurde auf folgende Weise gethan: A. 1409 .... intromiserunt se potestate sua tantum sine camerario .... (Hoftafel XIV, 264).

[120]) Všehrd VII, 2, 11.

[121]) Diese Frist diente zugleich auch zur Räumung der Güter seitens des ersten Besitzers. Všehrd VII, 3, 2.

[122]) Všehrd VII, 3; Landesordnung 1530, Art. 114; Jireček, Codex III, 2, 16.

[123]) Všehrd VII, 2, 1.

Es muss aber ausdrücklich bemerkt werden, dass Niemand gezwungen wurde, die Besitznahme mit einem Gerichtsboten vorzunehmen, selbst dann nicht, wenn die Verschreibung darauf lautete; es genügte vielmehr eine blosse Besitznahme durch eigene Macht, freilich nur sofern sich Niemand derselben widersetzt hat, und so lange der Gläubiger selbst oder dessen Erben im Besitze geblieben sind. Wollte aber der Gläubiger das Erbgut veräussern, so blieb ihm in diesem Falle nichts übrig, als entweder die Verjährungsfrist abzuwarten, oder sich noch einmal durch den Gerichtsboten in den Besitz einführen zu lassen[124]).

In Mähren finden wir dies Rechtsinstitut überhaupt nicht, da ja dorten die Verpfändung ohne Besitzübergabe sehr selten vorkam.

Die Verneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren haben beinahe dieselben Grundsätze[125]); beide verlangen ausdrücklich als Bedingung der Besitznahme: „wann nur die Verschreibung die Einführung mit dem Cammerling in sich haltet“ [126]). Neu ist die 6 monatliche Frist zwischen der Besitznahme und der Herausgabe des Wehrlosbriefes, und die Bestimmung, dass bei der Verbürgung zugleich auch die Deposition des Pfandverschreibens bei der Landtafel vorzunehmen sei[127]). Die letztere Bestimmung befindet sich zwar in beiden Verordnungen, doch hat sie nur für Mähren eine grössere Bedeutung, da in Böhmen auch dann das Pfandverschreiben, wenn nicht ganz ausgeschlossen, so doch sehr selten vorkam. Den einzigen Unterschied zwischen Böhmen und Mähren findet man darin, dass die böhmische Landesordnung von einer „Ein-

---

[124]) Všehrd VII, 2, 24 und 25; Landesordnung 1530, Art. 115.

[125]) Böhm. V. Landesordnung, Art. G XLVIII—LII, H I—VI; Mähr. V. Landesordnung, Art. 259—267.

[126]) Böhm. V. Landesordnung, Art. G XLVIII; Mähr. V. Landesordnung, Art. 259.

[127]) Böhm. V. Landesordnung, Art. H II; Mähr. V. Landesordnung, Art. 264.

führung mit dem Cammerling", die mährische dagegen von einer Einführung mit „einer geschworenen Person von dem kleineren Landrechte" redet[128]).

Eine bedeutende Neuerung wurde durch die Novellen vom Jahre 1640 für Böhmen, und durch die Landtafelinstruction vom Jahre 1642 für Mähren durchgeführt. Von nun an war die Besitznahme mit dem Gerichtsboten obligatorisch in allen Fällen von Hypothekar-Schulden. Es heisst da: Ob auch schon in solchem Brieff oder Verschreibung nicht stünde, dass auff den Fall der nicht zuhaltung die einführung mit dem Cämmerling an die handt genommen werden soll, so soll es doch darunter verstanden und auff des Creditors anhalten, des Cämmerling ein weg als den andern gefolget werden ....[129])

Zugleich mit dieser Neuerung wurde die Schätzung[130]) eingeführt in der Form, dass es dem Gläubiger zur Wahl belassen wurde, in 3 Monaten von der Herausgabe des Wehrlosenbriefes zu erklären, ob er sich einen Theil der verpfändeten Güter entsprechend der Pfandsumme, in solutum oder bloss zum Besitze bestimmen lassen wolle, oder ob er den ganzen Complex im Besitze behalten und sich dann die Früchte auf Zinsen und Kapital anrechnen lassen wolle. Hat der Gläubiger in diesen 3 Monaten keine Wahl getroffen, so hatte der Schuldner zu entscheiden gehabt. Dadurch war freilich der Grundcharakter des Institutes vollkommen verändert und zugleich die grosse Ungerechtigkeit beseitigt, dass der Schuldner oft wegen einer kleinen Schuld einen grossen Gütercomplex verloren hat.

---

[128]) Mähr. V. Landesordnung, Art. 259.

[129]) Nov. Ee., IX.

[130]) Ff., X und XI.

Drittes Capitel.

Die Pfändung.

§ 4.

Von der Viehpfändung wegen nichtbezahlten Zinses (brání).

Mit der Besitznahme sehr verwandt, ja dem Ursprunge nach mit ihr vielleicht identisch, ist das brání. Diese Institution ist unzweifelhaft fremden Ursprungs; freilich nicht in dem Sinne, dass sie ganz und gar übernommen wäre, sondern so, dass hier fremde Institutionen mit den einheimischen vermischt erscheinen. Es dienten wohl als Muster für das brání einerseits die städtische Execution auf essende Pfänder, andererseits die Bestimmungen über ius emphyteuticum aus dem römischen Rechte und endlich die eigenmächtige Viehpfändung des böhmischen Rechtes, welche mit der Landtafel in Verbindung gebracht wurden und auf diese Weise dem brání einen speciell böhmischen Charakter verliehen. Diese Fase der Entwickelung reicht schon ins 12. Jahrhundert, da das Rosenberger Rechtsbuch[131]) die Institution in unserer ungebildeten Gestalt bereits kennt. In Mähren finden wir diese Institution überhaupt nicht, denn auch die Verneuerte Landesordnung, die doch gern das Recht der beiden Länder unificirte, führte das brání hierher nicht ein.

Unter brání versteht man die Viehpfändung, die wegen nicht bezahlten Zinses am Erbgute des Schuldners zur Deckung des ganzen Zinses oder des nicht bezahlten Theiles vorgenommen wird[132]). Nothwendige Voraussetzung des brání war ein Vertrag, der dasselbe erlaubte, ohne Rücksicht, ob dieser Vertrag in die Landtafel eingetragen worden war oder nicht; doch musste im letzteren Falle die Schuldverschreibung nachträglich intabulirt werden. Der gewöhnliche Fall des Zinses

---

[131]) Art. 140.

[132]) Všehrd VII, 25, 12.

war ein Zins auf einem fremden Erbgute. Es war aber auch möglich, einen solchen auf einem eigenen Gute sich vorzubehalten. In diesem Falle war es aber nöthig, die eventuelle Schuldverschreibung in der Verjährungszeit in die Landtafel eintragen zu lassen, da sonst das Recht selbst verjährt[133]).

Nach Všehrd[134]) ist zu unterscheiden ein brání mit einem Gerichtsboten von dem brání ohne einen solchen Boten, d. h. dem eigenmächtigen, sua potestate. Dieses Letztere, für welches keine besonderen Formen vorgeschrieben waren, war sehr selten. Wir haben unsererseits keinen einzigen wirklichen Fall dieser Art in den Quellen vorgefunden. Všehrd erklärt jede Verhinderung der Durchführung beider Fälle von brání für eine Auflehnung gegen das Recht und verlangt, dass nach erfolgtem brání eine Eintragung von dem vollbrachten Acte in die Landtafel geschähe.

Das brání mit dem Gerichtsboten war im böhmischen Rechte gang und gäbe; wenn der Zins, dessen Verschreibung mit der Brání-klausel versehen war, nicht gezahlt worden war, so schritt man ohne weiteres zum brání. Eine Mahnung des Schuldners war nur ausnahmsweise nöthig, und zwar besonders

---

[133]) Landesordnung 1530, Art. 113 und 121; 1549, Art. G. 36. Die Eintragung geschah in die Kaufquaternen der Landtafel. Die Brání-klausel lautete etwa folgendermassen: (Nach dem Zinsvertrage selbst) .... In casu vero si aliquem censum in aliquo terminorum sibi non solueret, ex tunc ipse cum solo camerario Pragensi poterit eum impignorare in hereditatibus suis omnibus antedictis ad plenam perceptionem census non soluti pro quolibet termino cum tercia parte plus nomine pene, dampnarum et impensarum (Rel. Tab. I, 530, vom Jahre 1390). Später häufiger böhmische Form R. T. I, 558, vom Jahre 1395 etc. Nach einer Eintragung vom Jahre 1413 aus den Leitmeritzer Cudatafeln ist wohl zu urtheilen (Jireček, Codex II, 2, 12), dass zur Durchführung des Brání nicht nur das Prager Gericht, sondern ein jedes Cudagericht berechtigt werden konnte. Es heisst dorten ausdrücklich „mit einem Leitmeritzer Gerichtsboten". (s jedním komorníkem Litoměřickým). Diese Competenz hat sich hier wohl länger erhalten, als in allgemeinen Immobiliarsachen.

[134]) Všehrd VII, 18, 2.

da, wo es sich um einen alten, schon lange nicht bezahlten Zins handelte, oder wo der neue Besitzer des Zinses zum ersten Male die Pfändung vornehmen musste. Die Mahnung geschah in diesen Fällen brieflich seitens des kleineren Amtes, mit Angabe des belasteten Gutes, wobei die Summe des Zinses gewöhnlich nicht angeführt wurde[135]).

Das eigentliche brání begann dann mit der Bitte um einen Gerichtsboten und einen Burggrafenboten, verbunden mit Verbürgung und gerichtlicher Deponirung einer fest vorgeschriebenen Summe bezw. eines gleichwerthigen Pfandes[136]). Erst nachdem diesen Vorschriften Genüge geleistet wurde, konnten die erwähnten Beamten sich mit dem Pfändenden oder seinem Vertreter auf das Gut begeben. Unter Androhung der Nichtigkeit konnte nur auf dem belasteten Gute das Vieh gepfändet werden[137]). Waren zwei Güter durch den Zins belastet, so musste die Pfändung auf beide Güter getheilt werden nach der einzeln entfallenden Quote des zu bezahlenden Zinses. Mit Einwilligung des Eigenthümers war es jedenfalls erlaubt, die Pfändung nur auf eines der beiden Güter zu beschränken. Geschah diese Beschränkung ohne sein Wissen, so war dem Eigenthümer davon die Anzeige zu erstatten[138]). Die Lehngüter waren von dieser Art von Pfändung überhaupt frei[139]).

Der Gerichtsbote, der zur Legitimation das Landessiegel mit sich führte, war verpflichtet, sich anzumelden und die Ursache seines Erscheinens durch ein vom Landtafelamte ausgestelltes Schreiben anzugeben[140]). Gleich darauf schritt er

---

135) Beispiele von solchen Mahnungsschreiben bei Všehrd VIII, 14.

136) Die zu erlegende Summe betrug beim ersten Brání 106 Groschen, beim zweiten gegen denselben Besitzer 31 Groschen. — Všehrd VII, 20.

137) Všehrd VII, 21, 2.

138) Landesordnung 1530, Art. 118, 122; 1549, Art. G. 33 und 37.

139) Entscheidung des Landrechtes in Jireček, Codex III, 2, 56.

140) Beispiele solcher Schreiben finden sich in Rel. Tab., so II, 75, vom Jahre 1410 . . . . Máš bráti od kněže dêkana . . . . na dêdinách někdy Maceškových, kterýchž nyní jest M. z V. na dvoru popložnim . . . . pro

mit Hülfe des Burggrafenboten zur Vornahme der Pfändung, indem er so viel Vieh wegnahm, wieviel der Zinsbesitzer als genügend zur Deckung seines Zinses bezeichnet hatte[141]. Freilich hat man gewöhnlich viel mehr genommen, als es thatsächlich nöthig war, da ja eine zweite Pfändung wegen desselben Zinses später ausgeschlossen und nur für den Fall erlaubt war, wenn das erste Mal überhaupt kein Vieh vorhanden war. Die Zeit der Handlung war allezeit Vormittag, ausgenommen bestimmte Feiertage[142].

Der Vieheigenthümer durfte sich dem brání, ohne sich der Gefahr auszusetzen, als Auflehner bestraft zu werden, nicht widersetzen, es stand ihm aber der Rechtsweg der Odporklage frei[143].

Das gepfändete Vieh wurde in das Haus der kleineren Beamten beim Landtafelamte gebracht. Ueber vorgenommene Pfändung wurde eine Relation in die Landtafel eingetragen[144]. Jedenfalls konnte das Vieh durch Stellung von Bürgen während der Pfändung und noch auf dem Transporte frei gemacht werden; war es aber einmal zur Landtafel gebracht, so konnte es nur für bares Geld und nur binnen zwei Wochen nach dem

---

nedání puol druhé kopy grošů úroka sv. jiřského, již minulého, a k tomu v nákladích plným právem .... (Du sollst das brání vornehmen für den Dekan .... auf den Gütern, die einst dem Maceska und jetzt dem M. von V. gehören .... wegen Nichtzahlung von $1^1/_2$ Mark St. Georgi-Zins, und auch wegen der dadurch verursachten Kosten ....)

[141]) Všehrd VII, 21, 3—6.

[142]) Všehrd VII, 21, 10.

[143]) Všehrd VII, 26 und 28; Landesordnung 1530, Art. 116. Wohl kann man aber von keiner Auflehnung (odboj) sprechen, wenn die Frau oder die Hausleute des Besitzers, der nicht zu Hause war, sich gegen das brání wehrten.

[144]) So in Rel. Tab. II, 70 .... Byl na brání komorník Jan měřič, a učinil zájem v pátek před sv. Havlem l. 1537; zajal 8 voluov. Vyručila zájem Anna z Kopidlna. (Beim brání war der Gerichtsbote Jan, der Feldmesser, und er durchführte die Pfändung den Freitag von St. Gallen im Jahre 1537; er pfändete acht Ochsen. Das gepfändete Vieh wurde durch die Bürgschaft der Anna von Kopidlno befreit.)

vorgenommenen brání der Pfändung entzogen werden [145]. Im ersteren Falle musste der Bürge oder der Zinspflichtige binnen vierzehn Tagen den Zins mit den Kosten bezahlen; that er es nicht, so kam es zu einer Pfändung und eventuell nach drei Wochen zu einer Taxirung auf dem Erbgute des Bürgen [146].

In diesem Falle wurde das Vieh mit Hülfe zweier beeideter Schlächter bezw. Pferdehändler in Anwesenheit des kleineren Schreibers und des Meisters der Kammerlinge den dritten Tag nach seiner Ankunft zum Landtafelamte taxirt. Die taxirte Summe enthielt neben dem nicht bezahlten Zinse den Schadenersatz und die Kosten der Amtshandlung. Das zur Deckung dieser Summe nicht nöthige Vieh wurde dem Eigenthümer zurückgestellt. Aber auch der bereits taxirte Theil konnte noch durch Bezahlen des Zinses und der Kosten gelöst werden. [147].

Die Nichtigkeit kam beim brání hauptsächlich wegen kurzer Verjährung sehr oft vor, denn es war nach späterem Rechte für den an St. Georgi zu bezahlenden Zins von dem nächstfolgenden St. Gastalus ausgeschlossen [148].

Sehr oft kam es vor, dass der Pfändende auf dem Hofe kein Vieh vorfand, da das Gut überhaupt verlassen war, oder weil der Besitzer sein Vieh irgendwo verborgen hielt; für diesen Fall hatte das Recht eine kurze Execution durch dreimalige dominatio und darauf folgende taxatio in der Höhe der Zinsen und Kosten in das Gut selbst eingeführt. Freilich konnte der Besitzer durch Bezahlung auch nach der taxatio wieder zu seinem Gute gelangen, da die letzte dominatio ausgeschlossen war [149].

---

145) Všehrd VIII, 22.

146) Všehrd VII, 23.

147) Všehrd VII, 25, 8.

148) Všehrd IX, 7, Landesordnung 1530, Art. 116; Jireček, Codex, III, 2, 102 und 195.

149) Všehrd VII, 29; R. T. I, 163, vom Jahre 1490.

Die Verneuerte Landesordnung für Böhmen hat diese Institution unverändert übernommen [150]).

§ 5.

Von der eigenmächtigen Pfändung (zájem).

Die eigenmächtige Pfändung hat im böhmischen Rechte nicht jene mannigfachen Formen und jene Verbreitung gefunden, wie wir es im alten germanischen Rechte antreffen. Es zeigen zwar manche Spuren darauf hin, dass in der ältesten Zeit auch diese Institution im altböhmischen Rechte allgemein verbreitet war; doch seit dem 16. Jahrhundert ist sie beschränkt auf blosse Viehpfändung.

Als Ueberrest der älteren Zeit ist die Pfändung beim Waldschaden anzuführen (zájem lesní). In den umfangreichen fürstlichen Wäldern waren schon sehr bald Aufseher angestellt, die gegen jeden Waldschaden auftraten und den Schädling einfach ausplünderten, indem sie ihm alles, was er bei sich hatte, wegnahmen. Die Benützung der fürstlichen Wälder war nämlich nur gegen Zahlung einer bestimmten Summe, die der Forestarius jährlich einzutreiben hatte, erlaubt.

Als Legitimation, dass die Abgabe bezahlt war, diente ein Zeichen (Petschaft), das der Forestarius dem Berechtigten auszuhändigen hatte. Dies muss wohl geurtheilt werden aus dem Privilegium Ottakar II. für Brüx, wo den Einwohnern erlaubt wird, auch ohne dieses Abreichen (pečat) die fürstlichen Waldungen zu benützen [151]). Diese Bestimmung finden wir auch im vollen Umfange noch in den Statuta Ottonis erhalten. Nach diesen soll der Waldaufseher, wenn er jemanden

---

[150]) Böhm. V. Landesordnung, Art. G LII—LX.

[151]) Schlesinger, Stadtbuch von Brüx vom Jahre 1266; Lippert, Socialgeschichte I, 269. Ueber die Einrichtungen der königlichen Wälder giebt die Majestas Carolina (Art. 49—51) genaue Auskunft. Unter schwerer Körper- und Vermögensstrafe war es den Aufsehern und Hegern untersagt, auf eigene Faust und zum eigenen Vortheile Holz zu veräussern.

beim unbefugten Baumfällen ertappt, diesen einfach spoliare, d. h. ihm alles, was er bei sich hatte, wegnehmen. Ertappte er aber den Thäter nicht in flagranti, so konnte er später diese Pfändung nicht mehr vornehmen. Die erwähnten Statuta setzten zugleich die Strafe von 300 auf 60 Denare herab[152]). Daraus hat sich später, schon in der Majutas Carolina, das Recht herausgebildet, Wagen und Pferde des Baumdiebes zu pfänden. Der darauf folgende Streit soll durch den Eid zweier Heger entschieden werden; der Beklagte haftete für den Waldschaden mit seinem ganzen Vermögen[153]). Zuständig für diese Streitigkeiten war in der älteren Zeit das Cudagericht, in der späteren das Kammergericht. Noch im Jahre 1512 lesen wir in seinen Acten: „Es hat mich Herr Georg gepfändet samt Wagen und Pferde. Ich habe verlangt, dass er mich freilasse. Aber er wollte dies nicht thun, bis ich mich durch Bürgen befreite“ [154]).

In allen hier erwähnten Fällen handelte es sich um Holzdiebstähle. Später, nachdem sie anfangs freie Jagd zu einem grundherrschaftlichen bezw. königlichen Rechte geworden war,

---

[152]) Art. 20 (Jireček, Codex I, 56): Praeterea nullus de illis, qui custodiunt silvam, debet spoliare aliquem in via vel in toro, nisi illum spoliet, quem invenerit arborem secantem; ad hoc nunquam judex judicet in CCC denariis, nisi LX. — Der Wortlaut zeigt unzweifelhaft darauf, dass es sich hier um eine Einschränkung des älteren strengeren Rechtes handelt.

[153]) Art. 51, § 1. Quando cunque contigerit, quod silvani nostri seu loveczy alicui sintra silvam equos vel currus abstulerint, praetendentes illum cum dicto curru venisse subripere seu furari ligna nostra silvarum, illo haec omnino negante: ut altercatio finem recipiat in instanti, secundum quod fore comperimus hactenus observatum, sancimus in hujusmodi casibus duos ad minus silvanos seu loveczos in curia nostra regia, coram scilicet officialibus nostris regionum illarum haberi. § 3. Et si reperiatur culpabilis ille cum omnibus suis bonis regis gratiae sit commissus.

[154]) In Archiv Český, XIX, 124 .... vzal mně pan Jiřck s koňmi i s vozem. Tehdy jsem já žádal, aby mně propustil. A on toho účiniti nechtêl až sem se musil vyručiti ....

wurde zugleich mit der Festsetzung einer Strafe auf das unbefugte Jagen ein Pfändungsrecht gegen den Jagenden eingeführt. Die anfangs schwere Todes- oder Körperstrafe wurde später in eine Busse umgeändert und das Pfändungsrecht bezog sich auf alle zur Jagd nöthigen Geräthe und auf alle Jagdgehilfen [155]).

Seit dem 16. Jahrhundert können wir auch actenmässig die Pfändung des fremden schadenmachenden Viehes als eigenmächtige Pfändung nachweisen [156]).

In dieser Zeit hat man bereits zwei Arten dieser Viehpfändung zu unterscheiden, je nachdem der Schaden an einem ausdrücklich verbotenen Grundstücke oder nicht früher verbotenen gemacht wurde.

Im letzteren Falle war der Pfändende verpflichtet, gleich nach der vorgenommenen Pfändung den erfolgten Schaden durch glaubwürdige Leute constatiren zu lassen und der Eigenthümer des gepfändeten Viehes sollte binnen einer Woche den Schaden sammt den durch die Pflege des gepfändeten Viehes verursachten Kosten begleichen. War dies binnen der erwähnten Zeit nicht geschehen, so konnte sich der Pfändende durch beeidete Sachverständige so viel Viehstücke taxiren lassen, wie viel zur Deckung des Schadens und der Kosten nöthig war. Das übriggebliebene Vieh wurde dem Eigenthümer zurückgegeben und falls er dasselbe nicht annehmen wollte, einfach freigelassen.

Das ausdrückliche Verbot des Grundstückes (zápověd gruntů) konnte geschehen im Wege eines mit eigenem Siegel und Siegel von zwei glaubwürdigen Leuten versehenen Briefes oder im Wege einer durch zwei Leute gebrachten Botschaft. Ein allgemeines Verbot der Grundstücke kennt nicht das alte

---

[155]) Die Strafbestimmungen in den Regesten I, 44, 596; IV, 363. Vgl. Lippert, Socialgeschichte I, 267.

[156]) Rel. Tab. II, 511; Vlad. Landesordnung, Art. 477; Landesordnung 1549, Art. Q 23; 1564, Art. L 46.

böhmische Recht, welches bloss von einem gegen eine bestimmte zweite Person vorgenommenen Verbote spricht.

Wenn gewisse Grundstücke jemandem verboten wurden und wenn sein Vieh auf ihnen einen Schaden verursachte, so hatte der Grundeigenthümer die Wahl, entweder in derselben Weise vorzugehen, als ob die Grundstücke nicht verboten wären, oder sich mit einer festen Taxe von einem Groschen per Stück zu begnügen. Das erste that er wohl nur bei einem grösseren Schaden, das zweite, als das viel einfachere, trat wohl in den meisten Fällen ein. Wollte der Vieheigenthümer den Ersatz nicht annehmen, so wurde er als Frevler (pych) gestraft.

Der wichtigste Unterschied zwischen diesen beiden Fällen der Viehpfändung bestand darin, dass im ersten Falle nur dann die Pfändung vorgenommen werden konnte, wenn wirklich ein Schaden verursacht wurde, im zweiten aber schon das blosse Betreten des Grundstückes seitens des Viehes dazu genügte[157]); ja in letzterem Falle sogar auch dann der erwähnte Groschen als zárožné verlangt werden konnte, wenn das Vieh nicht gepfändet werden konnte, da es auf fremdem Gut weggelaufen ist.

Die Pfändungsstreitigkeiten gehörten vor das Kammergericht[158]). Wurde da bewiesen, dass die Pfändung nicht rechtmässig vorgenommen wurde, so musste der Pfändende neben der Rückgabe der erhaltenen Schadensumme noch 20 Mark Strafe bezahlen; dieselbe Summe zahlte aber auch der Kläger, wenn er unbegründet geklagt hatte.

In Mähren [aber weder im Tobitschauer noch im Drnowitger Rechtsbuche wird diese Pfändung erwähnt][159]) war zuständig für derartige Rechtsstreitigkeiten das Landgericht.

---

[157]) Rel. Tab. I, 174.

[158]) In den Kammergerichtsbüchern sind derartige Eintragungen sehr zahlreich, so z. B. in Archiv Český, XIX, 310, Nr. 2543 etc.

[159]) Eine derartige Klage in libri cit. VI, Nr. 1893 .... že jeho úředník z Buchlova zajal mé dobytky v Buchlovských horách; musil

Die Verneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren[160]) enthalten bloss eine Uebersetzung der böhmischen Landesordnung vom Jahre 1564, erhöhen aber die Strafe wegen unrechtmässiger Pfändung auf 50 Mark.

Viertes Capitel.

Das Vertragspfand.

§ 6.

Vom Mobiliarpfande (základ).

Das Vertragspfandrecht hat bei Mobilien wie bei Immobilien einen und denselben Ursprung, eine und dieselbe älteste Form. Jedoch sehr bald haben sich beide Arten von einander derartig getrennt, dass eine gesonderte Darstellung derselben rathsam erscheint.

Das Mobiliarpfandrecht ist älter als das Immobilienpfandrecht. In den einfachen wirthschaftlichen Verhältnissen der alten Zeit, wo die Anwendung des Geldes in unserem Sinne nicht bekannt war, wo der Handel im Tauschwege vor sich ging, war das Mobiliarpfand sehr natürlich. Ohne jegliche Form, durch blosse Uebergabe des Besitzes der verpfändeten Sache an den Gläubiger, mit Vorbehalt dieselbe später, bei

---

jsem ty dobytky vyručiti ve dvě a v padesáti, hř gr. stř. . . . . a psal jsem listem, aby dal ohledati, že ty škody opraviti chci . . . . aby mi dobytky kázal z rukojemství propustiti, toho pan C . . . . učiniti nechtěl a v tom mi dvě krávě zachovali a zalbili . . . . (. . . . sein Beamter aus Buchlov hat mein Vieh in den Buchlover Bergen gepfändet; ich war genöthigt, dasselbe mit 52 Mark Bürgschaft zu befreien; . . . . und ich schrieb ihm, dass er den Schaden berichtigen lassen solle, da ich ihn repariren will . . . . und dass er mir das Vieh freilassen solle. Das wollte Herr C . . . . nicht thun, und so haben sie mich um zwei Kühe gebracht.)

[160]) Böhm. V. Landesordnung, Art. Q XXXIII—XXXVII; Mähr. V. Landesordnung, Art. 524—529.

Gelegenheit durch eine andere Sache einzulösen, wurde dieser Vertrag, základ genannt, geschlossen [161]).

Die Grundsätze dieses Vertrages stimmten im grossen und ganzen mit jenen des germanischen und römischen Rechtes überein und wurden auch mit kleinen Ausnahmen im späteren Mobiliarpfandrechte beibehalten. Es sind das einfache, natürliche Grundsätze, ohne denen das Mobiliarpfandrecht wohl nicht denkbar erscheint.

Die Bezeichnung základ wird im böhmischen Rechte in einer doppelten Bedeutung gebraucht: als Caution und als Vertragspfand.

Základ als Caution kommt sowohl vor dem Gerichte als auch im Privatgebrauch vor. Die gerichtliche Caution wurde am häufigsten zur Sicherung des künftigen Erscheinens vor dem Gerichte geleistet [162]) und zwar in der ältesten Zeit auf die Art, dass das betreffende Individuum alles, was er an sich trug (Kleider und Schmuck) beim Gerichte deponirte [163]). Mit dem Verschwinden der Sitte, seine besten und schönsten Sachen mit sich zu tragen, die eine grosse Rolle im alten Processe gespielt hatte [164]), wurde auch derartige Caution abgeändert und durch Bürgenstellung geleistet, wobei der Bürge thatsächlich sowie die Sache selbst übergeben wurde. In böhmischen Staatsverträgen hat sich diese Sitte noch im späten Mittelalter erhalten. Endlich hatte man im Privatverkehre von der Uebergabe eines Bürgen Abstand genommen und nur das Erforderniss gestellt, der Bürge müsse wenigstens soviel Erbgut haben, wie viel das Streitobject betrug [165]).

[161]) Lateinisch pignus, vadium, vadimonium. Das böhmische zakládati, so viel als verhaften.

[162]) Kn. Rožmb., Art. 266 und 267; für die spätere Zeit in Jireček, Codex II, 2, 319.

[163]) Von einer ähnlichen Sitte thut noch Koldin in seinem Stadtrechte (Art. H XXVI) Erwähnung.

[164]) Wir haben schon oben bei Besprechungen von der Traditio Gelegenheit gehabt, davon zu sprechen (S. 430).

[165]) Codex Moraviae IV, 250, vom Jahre 1287.

Neben der Caution verstand man unter základ die Conventionalstrafe, welche jene Partei zu zahlen hatte, die ihr Versprechen nicht hielt. Dann sprach man auch von arra, vadimonium, vaduum Fideiussorium, základ učený. Die Quellen führen als die häufigsten Fälle von Vadimonium in diesem Sinne das Versprechen an: dass Jemand einem anderen Gehorsam leisten werde[166]), dass er die gestohlene Sache zurückgeben und den Schaden ersetzen werde[167]), dass er aus einem bestimmten Anlasse nicht klagen werde[168]), dass er den Schiedsspruch anerkennen werde [169]), dass jemand seine Tochter einem bestimmten Manne zur Frau geben werde[170]), dass er ein Heirathsgut errichten werde, oder überhaupt etwas in die Landtafel eintragen werde[171]), dass er den Frieden halten werde[172]) etc. Die bestimmte Summe wurde in ähnlicher Weise wie oben erwähnt, sichergestellt. Später verlangte man beim Abschluss dieser Art von Verträgen die Anwesenheit von sieben Zeugen, die zugleich als Eideshelfer dienten[173]).

Von den Formalitäten beim základ als Mobiliarvertragspfand lässt sich nicht viel sagen[174]). Denn es waren das meistens mündliche Verträge, die vor Zeugen oder ohne sie zwischen den Parteien abgeschlossen wurden, und bei denen der Schuldner meistens an Treue und Glauben des Gläubigers angewiesen war. Nur die Klöster bedienten sich auch hier

---

[166]) Jireček, Codex II, 2; 312, Nr. 3.

[167]) Ebenda, Nr. 7 und 34.

[168]) Ebenda, Nr. 10.

[169]) Ebenda, Nr. 15.

[170]) Ebenda, Nr. 18.

[171]) Ebenda, Nr. 43 und 52.

[172]) Ebenda, Nr. 51 und 56. Für die spätere Zeit findet man sehr viel Material in den Registern des Kammergerichtes (ed. Čelakovský im Archiv Český) und den Reliquiae tabularum.

[173]) Kn. Rožmb., Art. 191; Ordo J. T., Art. 82; Kn. Drnov. 121.

[174]) Nach Všehrd konnten in gewissen Fällen (bei Heirathsgütern) auch Mobiliarpfandrechte in die Landtafel eingetragen werden (V, 4, § 4).

Urkunden, wie man es aus zahlreich erhaltenen ersehen kann[175]).

Als Pfandgegenstände erscheinen: Schmuck, kostbare (goldene und silberne) Becher, Gürtel, Waffen[176]); Bilder[177]); Bücher[178]); Thiere, hauptsächlich Pferde[179]); Getreide und Wein[180]).

Die religiösen Gegenstände durften nur im Falle äusserster Noth verpfändet werden. Doch wurden sowohl die allgemein kirchlichen[181]), wie die provincialen[182]) Bestimmungen, die das Verpfänden solcher Gegenstände strengstens untersagten, in der Praxis nicht sehr streng eingehalten. Einzelne Pfarrer[183]) und ganze kirchliche Corporationen[184]), haben zu jeder Zeit Sachen aus ihren kirchlichen Schätzen verpfändet. Dies wurde so allgemein getrieben, dass man darüber sogar in vielen da-

---

175) Pangerl, Urkundenbuch von Hohenfurt, Nr. 300, 319 und 321; Codex Moraviae XIV, Nr. 84 vom Jahre 1409; Handschrift des böhm. Formulars vom Jahre 1287 in der Innsbrucker Univ.-Bibliothek, Fol. 9.

176) Jacobi, Codex epistolaris, S. 73, Nr. 183 .... pignora .... duo picaria argentea, galeamet toracem ....; Summa Gerhardi (ed. Tadra), Nr. 205 .... obligo pignori veto scutellas, decem picaria et duas canulas argenteas in XXXVIII, marc. in pondere obtinentes.

177) S. Gerhardi, Nr. 147.

178) Der älteste Fall dieser Art kommt im 13. Jahrhundert vor. Das Kloster in Podlažitz hat damals einen Codex, Gygas librorum genannt, dem Sedletzer Kloster verpfändet. (Tadra, České Kanceláře, S. 202). Später haben hauptsächlich die Studenten sehr oft ihre Bücher verpfändet.

179) S. Gerhardi, Nr. 162 .... super tres equos .... pignore obligamus.

180) Mähr. Landesordnung 1535, S. XCVII a.

181) C 1, X, de pignor, 3, 21.

182) Die Olmützer Statuten vom Jahre 1318 (Codex Moraviae VI, Nr. 22) erklären den Thäter als suspensus ab ingressu ecclesie et divinis. Die Prager Provincialsynode vom Jahre 1349 (ed. Dudik) hält den Vertrag für nichtig (c. XXXVII).

183) Zahlreiche Beispiele finden sich in den Prager Consistorialakten (ed. Tadra). Z. B. I, 162, 248, 334; II, 3, 335, 371 etc.

184) Pangerl, Hohenfurt, Nr. 300, 319, 321.

maligen Formelbüchern Auskunft erhalten kann[185]. Einzelne Klöster waren derart in Schulden gekommen, dass sie nur mit fremder Hülfe der Katastrophe entgehen konnten[186].

Die verpfändete Sache kam in die Hände des Pfandgläubigers[187], dem aber das Recht, die Auslösung des Pfandes durch Zahlung der Schuld zu fordern, in der älteren Zeit nicht zukam, in dieser Hinsicht war der Schuldner frei und sein einziges Zwangsmittel zur Zahlung der Schuld war der gewöhnlich grosse Unterschied zwischen dem wahren Werthe des Pfandobjectes und dem der Schuldforderung, denn man findet meistens für verhältnissmässig kleine Forderungen sehr werthvolle Sachen verpfändet. Der Pfandgläubiger konnte in der älteren Zeit die Sache zwar benützen, aber veräussern durfte er sie nicht[188]. Erst später wurde die Veräusserung oder weitere Verpfändung erlaubt[189], wobei die Hyperocha immer dem Schuldner zurückgegeben werden musste. Nur sehr selten und nach gegenseitiger Uebereinstimmung erscheint das Mobiliarpfand als Verfallpfand[190]. Jedenfalls war der Gläubiger verpflichtet, um das Erhalten der verpfändeten Sache Sorge zu tragen, wobei er durch Benützung des betreffenden Objectes oder durch eine im Vertrage festgesetzte Geldsumme schadlos gehalten wurde. Das Letztere war hauptsächlich bei Viehverpfändung der Fall[191].

---

[185]) S. Gerhardi, Nr. 147; Innsbrucker Formelbuch, Fol. 9 .... Thobias episcopus Pragensis .... a Judeo centum XX. marcas boni et puri argenti ad credentiam mutuo accepimus sub muris obligantes sibi quendam calicem ecclesia nostra pondere autem XL marcas argenti et eidem tenore presentium promittimus ....

[186]) So war es mit dem ordo predicatorum in Znaim, 1412, (Boczek's Sammlung, Nr. 5607).

[187]) Diesen seltenen Fall, dass die verpfändete Sache beim Schuldner bleibt, finden wir in S. Gerhardi, Nr. 147.

[188]) Archiv Český, XIX, 85.

[189]) S. Gerhardi, Nr. 155; Hohenfurt 319; Codex Mor. XIV, 84.

[190]) S. Gerhardi, Nr. 162.

[191]) So in S. Gerhardi, Nr. 162, wo für drei verpfändete Pferde 10 Groschen wöchentlich zu zahlen waren.

In der älteren Zeit haftete für die Forderung das Pfand allein. Wir finden nämlich im alten böhmischen ebenso wie im alten germanischen Rechte die Personal- von der Sach-Haftung streng geschieden. Von einer Combination derselben ist im älteren Rechte keine Spur. Die Haftung des Schuldners und des Bürgen war eine Personalhaftung, obligatio personae, ohne Rücksicht darauf, ob ein Einlager hinzugefügt wurde oder nicht. Beim Pfandrecht dagegen ist von einer Haftung des Schuldners keine Rede, die Auslösung des Pfandes durch Zahlung ist sein Recht, aber nicht seine Pflicht. Das ältere Recht hat es gut gefühlt und deshalb in die Pfandformel die Worte gesetzt: quod . . . . debet, et in hoc debito obligauit ei villam. Also dadurch, dass der Schuldner für seine Schuld ein Pfand giebt, wird er von seiner Personalhaftung enthoben und der Gläubiger erklärt sich schon von vornherein mit dem Pfandobjecte eventuell zufrieden. Diese bloss sachliche Haftung (obligatio rei) findet sich freilich auch bei Immobilien.

Die Folgen dieser Ansicht von obligatio rei durchdringen das ganze Pfandrecht. Deshalb treffen den Gläubiger die kasuelle Deterioration und der kasuelle Untergang des Pfandobjectes, da er die Schuld nicht fordern konnte; aber auch der Schuldner hat sein Auslösungsrecht und eventuelle Hyperocha verloren. Diese Bestimmung weicht also von der Ansicht von obligatio rei ab. Denn wäre diese Auffassung konsequent durchgeführt, so sollte der Schuldner sein Auslösungsrecht nicht verlieren, vielmehr berechtigt bleiben gegen Zahlung der Schuld den Schadenersatz fordern zu können. Doch so weit konnte das Recht doch nicht gehen, da ja dadurch die Stellung des Pfandgläubigers sehr ungünstig geworden wäre. Wohl aber konnte der Schuldner die Hyperocha als Schadenersatz fordern, wenn die Deterioration oder der Untergang des Pfandobjectes durch Verschulden des Pfandgläubigers verursacht wurde.

Als aber später das Pfandrecht als Accessorium, welches

nur den Zweck grösserer Sicherheit des Gläubigers verfolgte, aufgefasst wurde, musste der Schuldner auch persönlich haften und die obligatio rei und die obligatio personae wurden combinirt. Von nun an traf die Deterioration des Pfandobjectes den Gläubiger nur dann, wenn sie durch sein Verschulden verursacht war, in allen übrigen Fällen hatte sie der Schuldner zu tragen.

Competent für Mobiliarpfandstreitigkeiten war in der älteren Zeit das Cudagericht[192]), in der späteren Zeit kam diese Art von Streitigkeiten in Böhmen zum Kammergerichte[193]), während sie in Mähren beim Landgerichte blieb.

Die Verneuerten Landesordnungen haben im Mobiliarpfandrechte nichts Neues gebracht[194]).

---

[192]) Kn. Rožmb. 116, 191; Kn. Drnov. 121.

[193]) Archiv Český, XIX, 131.

[194]) Böhm. V. Landesordnung, Art. B X; Mähr. Landesordnung 64 und 66.

Adolf Bastian †.

Eben bei Schluss dieses Heftes kommt mir die Trauernachricht zu, dass der Begründer der modernen Ethnologie, der unermüdliche Forscher und der geistreiche Vertreter des Völkerprincips fern von seiner Heimath, und doch in seiner Heimath, nämlich im Gebiete seiner Forschungen verstorben und in fremde Erde gesenkt worden ist. Er gehörte zu denjenigen Naturen, die nicht nach einem einzelnen Werke, nicht nach einer einzelnen glücklichen Entdeckung, nicht nach einer an ihren Namen sich kettenden Wahrheit beurtheilt sein wollen, deren Wirken durch die tief nachhaltige Beeinflussung der Mit- und Nachwelt erst seine Folie erhält und nur in dieser Verbindung gehörig gewürdigt werden kann. Er war ein Mann in der Art Alexander von Humboldt's, nach allen Seiten thätig, unaufhörlich neue Keime säend, überall neues Material aufspürend und neue, geistreiche Ideenassociationen schaffend. Und wie kein anderer das ganze Gebiet der Volkskunde und Völkerpsychologie beherrschend, konnte er wie kein anderer dem einen Ziele zustreben, die dem Leben der Völker innewohnenden gemeinsamen Principien auszukundschaften und die Entwickelung der Nationen als einen Ausfluss der so einheitlichen und auf der anderen Seite doch wieder so mannigfaltigen menschlichen Seele darzustellen, nachzuweisen, dass, wie der einzelne Mensch, so auch die grossen Völkergruppen ihre seelischen Einheiten bilden und von gemeinsamen Impulsen geleitet werden; dabei stets betonend, dass wir nur auf dem Boden der Thatsachen durch vielseitige und reiche Beobachtungen zum Ziele gelangen. Unsterblich ist sein Verdienst namentlich dadurch, dass er zu einer Zeit, als zwar schon vieles verloren war, aber doch noch eine unendliche Fülle von Material der Forschung bevorstand, immer und immer wieder mit Feuereifer die Menschheit

mahnte, die Zeit zu benutzen, in welcher uns die Naturvölker noch die Entwickelungselemente der menschlichen Seele darböten und die Möglichkeit verschafften, in das Geheimniss der Völkerentwickelung zu dringen. Wäre diese Zeit verloren gegangen, so könnte die Geschichte trauernd ihr Haupt verhüllen; denn ohne Kenntniss des Naturmenschen ist ein Verständniss der Geschichte unmöglich. Der Naturmensch aber will eingehend und tief beobachtet werden, und nur eine Beobachtung vieler und mannigfaltiger Völker kann uns einen Begriff des allgemein Menschlichen bieten. So viele Völker aber werden rasend schnell von der Cultur hinweggefegt oder sie verlieren doch ihren Halt und ihre Eigenart! Bastian's unermüdlicher Eifer aber hat gewirkt, und die Studien, welche dahin zielen, alles, was die Naturvölker uns noch bieten, zu erhalten, sind in vollem Gange. Ihm haben wir es zu verdanken, wenn auf solche Weise auch der vergleichenden Rechtswissenschaft ein unendliches Material zuströmt, so dass selbst der grösste Skepticismus vor den Resultaten unserer Wissenschaft schweigen muss.

Seine Erscheinung war seinem Wesen entsprechend; sie war die Erscheinung des Forschers, der nur im Denken und Forschen lebt, alle Genüsse des Lebens dem einen grossen Ziel opfert und in der grössten Mässigkeit und Enthaltsamkeit die Kräfte findet für eine unablässige Thätigkeit in allen Zonen der Erde, in allen Klimaten und unter den schwierigsten Beobachtungsverhältnissen. Seine Liebe zur Wissenschaft wurde zu einer Liebe der Völker, und dem geringsten der Naturvölker wandte er seine trauliche Aufmerksamkeit zu.

Von seinen zahlreichen Schriften auch nur eine Auswahl zu geben, muss ich mir versagen. Nicht leicht lesbar und im Flug der Gedanken eine unendliche Fülle von Beobachtungen zusammenhäufend, sind sie grösstentheils nur dem Gelehrten verständlich. Für den weniger Kundigen sei beispielsweise auf seine Schrift: Besuch auf San Salvador und namentlich auf seine schönen Studien über die polynesischen Sagen hingewiesen.

So starb er auf fremdem Boden, er, dem die ganze Erde eine Heimath war, der alle Völkerschaften mit der Liebe des Forschers erfasste und den alle Culturvölker als den hervorragendsten Typus des ethnologischen Denkers verehrten.

Josef Kohler.

Kurze Besprechungen.

Dem altgriechischen Recht wendet sich zu eine ausgezeichnete Behandlung von Hitzig, Beiträge zur Geschichte der Injurien im griechischen und römischen Recht, 1899. Die Arbeit sucht den Einfluss des griechischen auf das römische Recht zu erforschen und handelt ausführlich von der αἰκία-, κακηγορία-, ὕβρις-Klage und der Art ihrer Durchführung. Bezüglich der letzteren kommt die berühmte Frage über die Echtheit der in der Rede des Demosthenes gegen Meidias enthaltenen Gesetze in Betracht, die namentlich von Westermann und Drerup bestritten, von anderen aber scharf vertheidigt wird. Neuerdings ist sie vor allem vertheidigt worden von Brewer in seiner belehrenden Schrift: Die Unterscheidung der Klage nach attischem Recht, 1901. Die Gründe für die Unechtheit dürften nicht stichhaltig sein.

Auf die Rechtsentwickelung Israels führt uns eine Schrift von Lincke, Samaria und seine Propheten, 1903, die, obgleich vor allem der Religionsgeschichte angehörend, doch auch für die geschichtliche Rechtswissenschaft von Bedeutung ist. Insbesondere ist die Untersuchung wichtig über den Einfluss der Parsenreligion in Vorderasien und die Erörterung über den Philosophen Phokylides und die ihm zugeschriebenen versificirten Weisheitsregeln, ein Lehrgedicht, das der Verfasser mit deutscher Uebersetzung giebt.

Ueber ostasiatisches Recht handelt die Schrift meines Schülers Ikeda über die Hauserbfolge in Japan, 1903 und sodann die Schrift seines Landmannes Tsugaru, Die Lehre von der japanischen Adoption, 1903. Beide Schriften gehören zusammen und bereichern unsere Kenntniss der Familienrechtsgeschichte der Japaner in hervorragender Weise. Sie suchen ihre Forschungen bis in die Periode des Geschlechterstaates (der Uji) zurückzuführen

und handeln sodann von der Zeit des Taihoryo und des recipirten chinesischen Rechts. Leider ist mein ständiger Wunsch, dass der ganze Taihoryo (und sein Commentar) von competenter Seite ins Deutsche übersetzt würde, bis jetzt nicht in Erfüllung gegangen; aber die vorliegenden Arbeiten geben uns mindestens einen Einblick in das, was wir davon zu erwarten haben, wenn dies Rechtsbuch des 8. Jahrhunderts n. Chr. vollständig dargelegt und seine Beziehung zu dem chinesischen Rechte jener Zeit näher untersucht worden ist. Ikeda erwähnt auf S. 43 die 30 Capitel des Taihoryo, wovon 28 Capitel erhalten sind, darunter Bestimmungen über Amtswürden, Beamtenthum, Agrarwesen, Bauordnung, Bestattungs- und Trauerordnung, Verfolgung von Verbrechern. Vom Taihoritsu (dem entsprechenden Strafgesetzbuch) ist uns ungefähr die Hälfte übrig geblieben. Sind auch einzelne Theile dieser Gesetze in den folgenden Jahrhunderten bald ausser Uebung gekommen, so sind sie doch in jeder Beziehung für die Rechtsgeschichte von grösstem Werth. Auch liefert der officielle Commentar des Taihoryo aus dem Jahre 833 n. Chr. Beweis genug dafür, dass jedenfalls viele Theile des Gesetzbuchs noch damals in vollem Leben waren.

Die Rechtsinstitute der Adoption und Hauserbfolge werden sodann durch die Periode des Feudalismus hindurch verfolgt bis in die heutige Zeit, worauf die bekannten Bestimmungen des Mimpo, des heutigen japanischen bürgerlichen Gesetzbuches, erwähnt und besprochen werden. In der Abhandlung von Tsugaru wird auch von dem Institut des Muko-Yoshi gehandelt, und in beiden Schriften werden in erfreulicher Weise die bisherigen Resultate der vergleichenden Rechtswissenschaft nutzbar gemacht.

Aus dem Gebiet der Völkerkunde ist eine höchst anregende Schrift von Günther zu nennen: Ziele, Richtpunkte und Methoden der modernen Völkerkunde, 1904, welche dazu angethan ist, durch bedeutsame Charakteristik der Völkerkunde gegenüber den benachbarten Disciplinen und durch Hervorhebung der verschiedenen Richtungen, in welchen sich die ethnologischen Forschungen bewegen, auch dem Laien einen Einblick zu verschaffen in die ungeheure Bewegung, die sich auf diesem Gebiet vollzieht. Auch die vergleichende Rechtswissenschaft ist auf S. 38 f. berührt,

ferner die vergleichende Religionswissenschaft S. 42 f. und die Volkskunde, namentlich auch die Sagenkunde.

Ein System der Principien der Sociologie versucht Majorana, I primi principii della Sociologia in einer geistreichen, aber wenig ausgiebigen Weise, da die exakten Beobachtungen viel zu wenig herangezogen sind. Im Uebrigen will der Verfasser mit Rücksicht auf die vielseitigen Einwirkungen, welche den Kräften des Fortschritts nach rechts und nach links fördernd und hindernd entgegenkommen und nach dem ganzen Relativismus des menschlichen Lebens eine Entwickelungsweise darstellen, wonach der Fortschritt niemals in gerader Linie vor sich gehen könne, sondern stets in Kurven, indem man bald nach dem einen, bald nach dem anderen Extrem sich wende, von Zeit zu Zeit einem gewissen Princip der Harmonie nahe komme und dann sich wieder davon entferne. Das ist natürlich. Nie kann der menschliche Geist eine vollkommene Harmonie und Beruhigung finden. Die Geschichte müsste sonst abdanken; und sollte alles in gerader Linie weiter gehen, so würde die Entwickelung Reichthum und Fülle verlieren.

Josef Kohler.

Meyer's Grosses Konversationslexikon. Ein Nachschlagewerk des allgemeinen Wissens. Sechste gänzlich umgearbeitete und vermehrte Auflage. Mit mehr als 11,000 Abbildungen im Text und auf über 1400 Bildertafeln, Karten und Plänen, sowie 130 Textbeilagen. Bd. I—VIII. Leipzig und Wien. Bibliogr. Institut, 1902—1904.

Wenn wir an dieser Stelle einem Werke des allgemeinen Wissens eine Besprechung widmen, so bedarf das einer kurzen Begründung. Gerade auf dem Gebiet der vergleichenden Rechtswissenschaft kommt der Forscher oft genug in die Lage, sich über nicht-juristische Fragen, so über Wohnsitz, Geschichte und Cultur exotischer oder verschollener Völker schnell unterrichten zu müssen, und dann wird er zunächst zum Konversationslexikon greifen. Der „grosse Meyer", dessen 6. Auflage uns vorliegt, wird ihn nur selten im Stich lassen; er wird dort präzise Auskunft und in der Regel sogar auch geeignete Literaturnachweise finden, wie dies Stichproben in den bisher erschienenen 8 Bänden, beispielsweise bezüglich der Apatschen, Abiponen, Bogos, Chewsuren, Dagako, Faati, Guarari und Haussa be-

stätigt haben; freilich gilt dies nicht bezüglich aller in den Post'schen Werken genannten Stämme, z. B. bezüglich der Agathyrsen, Badagas, Dragowitschen, Guayacurús und Hapu, und es wäre zu wünschen, dass die folgenden Bände respective die 7. Auflage sämmtliche im Anhang I der Post'schen „Bausteine" genannten Völker berücksichtigen.

Ein weiterer Vorzug des angezeigten Werkes sind vergleichende Darstellungen vieler moderner Rechtsinstitute. Sehr lehrreich sind in dieser Beziehung beispielsweise die Artikel Adel, Gemeinheitstheilung und Genossenschaftsrecht. Aber freilich ist absolute Vollständigkeit auch hier nicht erreicht; so ist im Artikel Erbfolge das ausserdeutsche Recht leider gar nicht berücksichtigt.

Höchst erfreulich ist es, dass die Resultate der neueren Forschung auf dem Gebiete der ethnographischen Jurisprudenz in präciser Darstellung aufgenommen und popularisirt sind; ich hebe hier besonders die Artikel Ehe, Eigenthum, Hauscommunion hervor; selbst das Gesetz Hammurabi's ist bereits berücksichtigt. Immerhin bleiben auch in dieser Richtung noch etliche Wünsche; so begnügt sich der Artikel Bürgschaft wesentlich mit dem modernsten Bürgschaftsrecht, ohne die historische Entwickelung zu geben. Das schweizerische Rechtsinstitut der Gemeinderschaft finde ich gar nicht behandelt. Im Artikel Asura hätte die Asura-Ehe Erwähnung finden sollen.

Unter den Biographien freuten wir uns, Bachofen als „einen der Bahnbrecher der vergleichenden Rechtswissenschaft" anerkannt zu finden; dagegen vermissten wir den Namen Dargun.

Hoffentlich schreitet die 6. Auflage rüstig weiter fort. Das herrlich ausgestattete Werk sei auch den Juristen des Auslands warm empfohlen; sie werden insbesondere über die Quellen und Institute des geltenden deutschen Rechts unter den richtigen Stichworten kurze und zuverlässige Auskunft mit literarischen Verweisungen finden.

Z. 14. Dezbr. 1904. **Georg Cohn.**

Scheidungsschuld in den Fällen, in denen sie sich zur Auslieferungsschuld[803]) gestaltet, die wiederum primärer oder sekundärer, absoluter oder relativer Art sein kann; von ihr werden meist die in das Haus geflüchteten Fremden betroffen, doch wird sie auch vereinzelt zuungunsten der Hausangehörigen angetroffen. Eine vermittelnde Stellung nimmt der Sachsenspiegel insofern ein, als nach ihm der Hausherr nur schuldig ist, sechs Boten des Richters und den Kläger im Hause nach dem flüchtigen Friedbrecher und dem Raub suchen zu lassen[804]); handelt es sich aber um einen Hausangehörigen, so steht es, nach einer nicht in allen Handschriften enthaltenen Vorschrift[805]), in seinem Ermessen, ob er denselben „vore bringe, daz her bezzere oder daz hûs entrede“ oder ob er die Verantwortung selbst übernehmen will.

Die Strenge des Hausungsverbotes wird von alters her

---

[803]) Vgl. z. B. RLF. (1152) § 8 in NS. I, no. 4, p. 7: „ad faciendam iustitiam illum producat“. — Constitutio contra incendiarios (Nürnberg 1186 dec. 29) c. 10 in NS. I, no. 6, p. 13: „si nec Dominus vel Vasallus nec cognatus fuerit, persequentibus eum statim repraesentaret, vel cum eo in eadem culpa sit.“ — Oesterr. Landesrecht (1236/7) c. 67; vgl. hierüber Note 797. — Bayr. Ldfrd. (1244) art. 2: „puniendum ipsum iudici offeret“, (1256) art. 2: „er sol den schuldigen dem geriht antwurten“, bei v. Rockinger, Denkmäler II, 1, p. 39. — SchwaSp. LdR., Laßberg, c. 253, p. 113; Wackernagel, c. 207, p. 199; Goldast, c. 153, p. 69 u. a. m.

[804]) SaSp. LdR. II, 72, § 1. Diese Schuld erscheint allerdings in elektiver Konkurrenz neben der Auslieferungsschuld; da sie die mildere ist, wird der Hausherr im Zweifel von ihr Gebrauch gemacht haben. Friese, Das Strafrecht des Sachsenspiegels S. 95, berücksichtigt nur die Auslieferungspflicht und wird dadurch der Quellenlage nicht gerecht. Wird die Haussuchung vom Hausherrn verweigert, so tritt die Rechtsvermutung der bewußten Hausung ein; ähnlich wie im nordischen Recht diesfalls die Rechtsvermutung des Diebstahls eintritt; vgl. über die letztere v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren, München 1874, S. 210.

[805]) SaSp. LdR. II, 72, § 3; vgl. dazu J. W. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879, I, S. 409.

nach gemeingermanischem Recht durch die Konkurrenz des Hausfriedensrechtes gemildert, das sowohl Hausangehörigen als Fremden, Friedbrechern wie Aechtern, den einen etwas mehr als den anderen zustatten kam. Einerseits erscheint nämlich in den Quellen, die kein absolutes Auslieferungsgebot aufstellen, als Komplement der Scheidung ein Recht des Hausherrn, dem unter dem Schutz seines Hausfriedens stehenden Missetäter aus seinem Hause fortzuhelfen[806]; anderseits findet sich in zahlreichen Quellen ein kurzfristiges, in den Einzelheiten verschieden gestaltetes Hausungsrecht, das sowohl nach den Quellen, die das Tatbestandsmerkmal der Wissentlichkeit nicht kennen, als nach denen, die es aufgenommen haben, die Rechtswidrigkeit der Hausung ausschließt; die Dauer der erlaubten Hausung ist in den einzelnen Quellen verschieden normiert, bald

[806]) Vgl. z. B. Constitutio contra incendiarios (Nürnberg 1186 dec. 29) c. 10 in NS. I, no. 6, p. 13; vgl. den Wortlaut in Note 802; doch ist dieses Recht hier nur zugunsten des dominus, vasallus und cognatus gegeben. — Bayr. Ldfrd. (1244) art. 12: „si proscriptus fuerit in domum alicuius agitatus, dominus domus eum adiuvabit, ut sine lesione exeat domum suam, nec hospes ideo proscribetur“, und (1256) art. 12, § 2: „swelch aehter chumt in eines mannes hus, des hauses herre sol im helfen, daz er uz sinem huse ân schaden chom, und darumbe sol der wirt niht in der aehte sin,“ bei v. Rockinger, Denkmäler II, 1, S. 42; ähnlich (1281 iul. 6) c. 45 in Quellen und Erörterungen V, S. 346, (1293) art. 40 und (1300) art. 27 bei v. Rockinger, l. c. S. 72. — Zugunsten des nichtgeächteten Fremden gibt SchwaSp. LdR., Laßberg, c. 152, diese Befugnis dem Hausherrn unter formalistischer Abgrenzung derselben gegen den richterlichen Auslieferungsbefehl: „hat ein man,“ heißt es da, „ein ungeriht getan und fliuhet zu eins mannes hus und ist er in der aehte niht, er sol in lan und sol sin tur zu sliezen, und kumt der rihtaer, er sol in dristunt lazen rufen, und sol den man inmittent sinen wec schicken, ob er mac; als der rihtaer dristunt gerufet, man sol in in lazen etc.“ — Dagegen verbieten derartige Hilfe z. B. der ProvLdfrd. (1104? 1108?) c. 7 in MGLL. sect. IV, const. I, p. 617: „aliquo modo aufugere eum [scil. corruptorem pacis] permiserit, eandem penam quam violator pacis subire debet.“ — U. der Herzöge Heinrich und Ludwig von Bayern (Siegenburg 1285 iun. 4) in Quellen und Erörterungen V, S. 381: „swer im hin hilfet etc.“

darf sie sich nur auf eine Nacht erstrecken[807]), bald kann sie eine Nacht und das folgende Mittagessen umfassen[808]), bald sind volle drei Tage erlaubt[809]); nach norwegischem Recht darf die Ehefrau den friedlos gewordenen Mann noch fünf Nächte nach dem Urteil beherbergen[810]); auch längere Fristen von acht[811]) oder vierzehn[812]) Tagen finden sich gelegentlich. Daneben wird das Hausungsverbot teils durch städtisches Gewohnheitsrecht[813]), teils durch seit dem 14. Jahrhundert auf-

---

[807]) Vgl. z. B. U. der Herzöge Ludwig und Heinrich von Bayern (Siegenburg iun. 4) in Quellen und Erörterungen V, S. 381: „swer in lenger mit wizzen behalt danne ein nacht." — Landbuch von Churwalden bei Osenbrüggen, StrR. S. 177, Note 40; dort auch weitere Quellenbelege. — Dagegen untersagt auch diesen kurzfristigen Schutz der Ldfrd. König Rudolfs und Herzog Ludwigs von Bayern für Schwaben und Bayern (1282 dec. 29) bei Pertz, Mon. Leg. II, p. 442: „Quicunque aliquem de Suevia in Bavaria spolia committentem, vel alias delinquentem in strata vel extra stratam per unam noctem scienter tenuerit, pro reo satisfaciet et tenebitur loco rei," wo also bei diesem Falle Haftung des Hausers eintritt.

[808]) Vgl. z. B. Verträge des Herzogs Ludwig von Bayern mit dem Bischof Konrad von Regensburg (1205 u. 1213) bei v. Rockinger, Denkmäler II, 1, p. 8: „Talem [scil. excommunicatum et proscriptum] enim ultra solam noctem vel prandium nullus in domo sua recipiat."

[809]) Vgl. z. B. Goslarer Statuten, ed Göschen, 34, 13 ff.: „besit ine de klághere und sine vriunt dar inne unde de voghet dre daghe und dre nacht, dar na möghen se ene ut deme hus nemen und mit ime don dat recht ist: kunt he dar binnen in en ander hus, dat hevet dat selve reht."

[810]) Vgl. Hakon Gulath. c. 53 bei Wilda, StrR. S. 287.

[811] Vgl. z. B. RLF. (1298) c. 50 u. 51 bei Boehlau, Nov. Const. p. 49 u. 50.

[812]) Bayr. Ldfrd. (1293 u. 1300) art. 5, § 6 bei v. Rockinger, Denkmäler II, 1, S. 59, wo diese Frist zugunsten des flüchtigen Friedbrechers statuiert wird.

[813]) Vgl. z. B. Jura et leges antiquissimae civitatis Argentinensis c. 2, bei Gaupp, l. c. I, p. 48: „Si quis foris peccaverit et ob culpe metum in eam fugerit, securus in ea maneat; nullus violenter in eum manum mittat, obediens tamen et paratus ad iustitiam existat; nemo predam aut furtum in eam inducat, vel conservare audeat, nisi redditurus rationem omni querenti."

kommende Hausungsprivilegien[814]) fast illusorisch gemacht, bis dann der Wormser Reichsabschied vom Jahre 1495 bestimmte, „daß sich Niemand, von was Würden, Stands oder Wesens der sey, wider diesen Frid und Gepot, durch solich Gnad, Freyheit, Herkommen und Verpündtnis schützen, schirmen oder verantworten sol oder mag, in keiner Weise“[815]); außerdem bestimmte die Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1495 noch ausdrücklich: „yedoch ob yemand begnadet wäre, des Reichs Aechter zu halten, sollen dieselben Freyheit wider Vollstreckung der Urtail Unsers Königklichen oder Kaiserlichen Camer Gerichts nit gebraucht und die Aechter sollen dawider nit geschützt oder enthalten werden“[816]); doch wurden von diesem Grundsatz auch späterhin noch vereinzelte Ausnahmen zugelassen[817]).

Neben dem bisher erörterten Fall der Anwesenheit des Hausherrn in seinem Hause während des Friedensbruches oder während der Hausung berücksichtigen die hochmittelalterlichen und spätmittelalterlichen Quellen häufig auch den Fall der Abwesenheit des Hausherrn. Sieht man von der wüstungsrechtlich belanglosen Regelung ab, nach der erst nach Rückkunft des Herrn über das Haus entschieden wird, so findet hier,

---

[814]) Vgl. z. B. U. König Wenzels (1379) für die Herzöge von Oesterreich: „daß sie vnd ihre Unterthanen Aechter hausen mögen“, bei Lünig, Cod. Germ. dipl. II, p. 527. — U. König Wenzels (1396) für Ravensburg in Lünig, RA. P. spec. Cont. IV, P. II, p. 228. — U. König Ruprechts (1401) für Pfullendorf in Lünig, RA., l. c. p. 205. — U. König Friedrichs III. für Truchseß von Waldenburg (1464) in Lünig, RA, P. Spec. Cont. II, Suppl. I, p. 346. — Weitere Privilegien bei Franklin, Reichshofgericht I, S. 355, Note 2; vgl. dazu auch Haltaus, Glossar. (1758) verbo: Aechter col. 15.

[815]) RA. (Worms 1495) § 11 in NS. II, p. 5; vgl. RLF. (Worms 1521) tit. 18, l. c. p. 202 und RLF. (Augsburg 1548) tit. 27, l. c. p. 585.

[816]) Ordnung des Kaiserlichen Cammer Gerichts zu Worms, aufgerichtet 1495, § 31 in NS. II, S. 11.

[817]) Vgl. die Beispiele bei Poetsch, Die Reichsacht im Mittelalter, Breslau 1911, S. 169.

wahrscheinlich in Anlehnung an das ältere Recht, regelmäßig Wüstung statt; nach dem Sachsenspiegel werden die Dorfgebäude, in denen Notzucht in Abwesenheit des Herrn verübt wurde, gewüstet; nach dem österreichischen Landesrecht wird das gezimer, da der schad in geschehen ist, aus dem Haus gebrochen, vor dasselbe getragen und mit dem Feuer darüber gerichtet; nach bayrischem Recht wird das Haus aus der Burg geworfen[818]); nach allen drei Quellen hat aber der Herr die Möglichkeit, falls er vor der Vollstreckung erscheint und sich exkulpiert, die Wüstung abzuwenden; diese Regelung zeigt aber, daß eine Beziehung zwischen dem Eigentümer des Hauses und der Tat rechtlich besteht; sie wird zwar in den Quellen nicht angegeben, dürfte aber darin zu finden sein, daß der Herr dem Täter die Behausung zur Benutzung überlassen oder sie wenigstens nicht verhindert hat, er wird daher, wenn auch nach den beiden letztgenannten Rechten etwas milder, wie wenn er anwesend gewesen wäre, als unentschuldigter Hauser gestraft.

Oktober 1914.

---

818) SaSp. LdR. III, 1, § 1. — Oesterr. Landesrecht (1236/7) c. 67 bei Altmann und Bernheim, l. c. no. 133, p. 303. — Bayr. Ldfrd. (1244 u. 1256) art. 2 bei v. Rockinger, Denkmäler II, 1, S. 39.

VII.

Babylonische Briefe.

Von

Josef Kohler.

Briefe aus der Zeit der Hammurapi-Dynastie sind bereits früher mehrfach veröffentlicht, übersetzt und besprochen worden; es sei hier namentlich auf Ebeling und Friedrich verwiesen. Alle diese Ausgaben und Uebersetzungen werden in den Schatten gesetzt durch das eben erschienene Werk von Arthur Ungnad, Babylonische Briefe aus der Zeit der Hammurapi-Dynastie, Leipzig 1914, welches eine Umschreibung und Uebersetzung von 270 Briefen enthält, worunter 88 Königsbriefe, die übrigen Privatbriefe; dazu ein äußerst lehrreiches Glossar.

Obgleich das Werk mir gewidmet ist, so wird es mir, da die Gründlichkeit, Tüchtigkeit und allseitige Umsicht sich bei einer Ungnadschen Ausgabe von selbst versteht, doch gestattet sein, hier darauf hinzuweisen und einstweilen einiges aus dem Inhalte mitzuteilen, mir vorbehaltend, demnächst die reiche juristische Ernte einzuheimsen, welche diese Briefe bieten.

Die Gestalt Hammurapis ragt in diesen Briefen riesengroß hervor. Kaum je ist ein wohlwollender Autokrat in so hervorragend kulturbringender Weise tätig gewesen wie er, keiner so mild denkend und herab bis zum Niedersten des Volkes freundlich und liebreich gesinnt; streng und in allem pflichtmäßig, unerbittlich, wo Staatsinteressen in Betracht kommen, wirkt er besänftigend und beruhigend, wo das Wohl des gemeinen Mannes in Frage steht; und wo er Unterdrückung

und Gewalttätigkeit sieht, breitet er den Mantel seines königlichen Schutzes aus. Er kümmert sich um das Größte und um das Kleinste, um den Götterkult, die Steuern und Abgaben, um Landwirtschaft, Schiffahrt und Handel, er kümmert sich vor allem um die Rechtspflege. Wenn eine klagende Stimme ihn erreicht, läßt er gleich die Sache untersuchen, oder noch besser, er untersucht sie selber. Der Uebeltäter, der das Land bedrückt, soll sofort nach Babylon kommen, um abgeurteilt zu werden. Wo Beamtenbestechung oder Beamtenwillkür zutage tritt, greift er ein. Ist dem armen Mann seine Habe genommen, so prüft er die Urkunde und setzt ihn nötigenfalls wieder in seinen Besitz. Truppenausrüstungen, Kanalbau, Verwaltung königlicher Domänen, alles ist Gegenstand seiner täglichen Fürsorge; bis in die Einzelheiten dringt seine Tätigkeit; und mit welcher Energie! Kaum darf eine Zeit verstreichen: angesichts seines Befehls soll der Empfänger sofort in Tätigkeit treten. Die Leute sollen Tag und Nacht reisen, um in 2 Tagen in Babylon einzutreffen.

Mit Recht stehen auf der berühmten Gesetzessäule die Worte des Königs:

„Ich habe die Leute des Landes Sumer und Akkad in Frieden genommen, durch meine Weisheit sie geborgen, damit der Starke den Schwachen nicht bedrängt, Waise und Witwe recht geleitet werden. Ein Unterdrückter, der einen Ausspruch haben will, soll vor mein Bild treten und meine inhaltreichen Worte hören, sein Recht soll er finden, das Herz soll froh werden. Hammurapi, welcher wie ein leiblicher Vater den Menschen ist, hat den Worten Marduks Gehorsam verschafft, das Herz des Gottes erfreut, den Leuten Wohlfahrt gespendet und das Land gut regiert[1].“

Auch bei seinen Nachfolgern finden wir ähnliche Züge: Samsuiluna befiehlt (für sakrale Zwecke) die Absendung des Götterbildes, verbietet den Fischfang an unerlaubten Orten,

---

[1]) Kohler und Peiser, Hammurabis Gesetz I, S. 99.

sorgt für Ausbesserung der Mauern und für Bewachung der Arbeiter; Abiesuh untersucht Rechtsangelegenheiten, prüft Strafsachen, verordnet die Regulierung des Kanals; Ammiditana sorgt für die Beköstigung der Truppen, befiehlt das Nötige für das Kisikkufest usw.

Ueberall setzt sich die gute Herrschertradition weiter vom großen König her; allerdings fehlt bei den Nachfolgern die persönliche Note, es fehlt die unerschütterliche Energie, die fast übermenschliche Umsicht, welche den größten Herrscher Babylons charakterisiert. Unter Samsuditana tritt der Verfall des Reiches mit Gewalt ein; in der uns erhaltenen Urkunde ist in bezeichnender Weise davon die Rede, daß das Getreide infolge der feindlichen Invasion nicht auf dem Felde bleiben kann, deswegen soll das Tor des Samas-Gottes geöffnet werden, damit das Getreide geborgen werden kann. Man sieht, es naht bereits Finis Babyloniae.

Die Privatbriefe bieten ein farbenreiches Kulturbild aus jenen Jahrhunderten; die Klage des Gefangenen und Bedrückten wechselt ab mit Ausbrüchen der Leidenschaft gegen den ungetreuen Diener oder den verräterischen Genossen; der Sohn bittet den Vater flehentlich um Geld; der lässige Geschäftsführer wird scharf angelassen und unerbittlich an seine Pflicht gemahnt, und der säumige Schuldner bekommt nicht eben gerade freundliche Worte zu hören. Aber auch Geschäftsbriefe aller Art sind eingeflochten: Aufträge, Kaufberedungen, Anweisungen an den Verwalter, Miete von Schiffen, um Getreide, Holz oder Ziegel fortzuschaffen, und anderes.

Die Psyche jener Zeit und jenes Volkes tritt scharf vor unser Auge, und dieses verleiht den Briefen ein außerordentliches seelengeschichtliches Interesse. Wie hageln hier die Vorwürfe, in gereiztem Ton folgen Beschuldigungen, und dann wiederum demütige Abbitte und Begütigung. Der Sohn versteigt sich im Brief an seinen Vater bis zu dem Satze: „wenn ich in Wahrheit Dein Sohn bin, so befreie mich von den Schulden“, und einem Manne schreibt ein Frauenzimmer:

wie lange soll Dein Stöhnen mich quälen, soll mich vor Deinen Augen der Tod fortraffen, Deine Sklavin wirst Du nicht beugen — — —

Allerdings Liebe und Zärtlichkeit haben in den Briefen eine geringe Stelle; von einer Braut ist einmal die Rede, aber nicht gerade in sehr zutunlichen Worten, und in der Urkunde Nr. 30 wird einer Frau ein deutlicher Ehebruchsvorwurf vor die Füße geworfen.

Von ganz besonderer Wichtigkeit für uns aber ist die juristische Ausbeute. Davon kann in dieser Anzeige noch nicht die Rede sein, sie verlangt eine besondere Studie, die im nächsten Heft folgen wird. Die Schuldhaft wie die Strafhaft wird mehrfach erwähnt; der Sprachgebrauch ist überall sehr belehrend: das Wort katu = Hand geht über in den Begriff Besitz, aus sabat, Ergreifen, ergibt sich das Wort sibtu für Besitz, wie sibittu für Gefängnis. Niputu ist der Pfandling, der in Schuldhaft ist, aus dem Worte napa, in Schuldhaft fortführen. Ueber Darlehen, über Geldsendungen mit Gefahrtragung, über Prozeßrecht erfahren wir manches Neue, und die negative Feststellungsklage über die Nichtexistenz eines Vertragsverhältnisses tritt hervor in Gestalt der Klage auf Vernichtung des Tuppu (der Vertragsurkunde).

Die Adoption durch eine Tempeldirne (Zikritum Nr. 164), eine etwas auffallende Institution des Hammurapi-Gesetzes (Hammurapi 192/193) zeigt sich hier als Wirklichkeit. Ein Marker Gallabu, welcher den Sklaven das Merkzeichen aufdrückt, vgl. auch Hammurapi-Gesetz 226 und 227, wird erwähnt. Die Auguration, vielleicht auch ein Gottesurteil wird angedeutet, ebenso die eidliche Einvernahme in einem Prozeß wegen Mordes; und in der Zeit Ammiditanas finden wir bereits eine Anzeige wegen einer gefährlichen Revolte (Nr. 238).

Das Staatsrecht fließt in das Privatrecht ein; von Lehngütern ist mehrfach die Rede, und der Begriff der Verantwortung pichatu (von pachah = Inhaftnehmen, Einsperren)

durchzieht das öffentliche wie das Privatrecht: der Beamte ist ein verantwortlicher Mann ebenso wie der privatrechtliche Verwalter.

Der Begriff der Beamten- und der Vertragspflicht ist bereits ein Begriff des altbabylonischen Rechts; man erkennt daran das Volk des Marduk.

VIII.

Rechtsvergleichende Skizze.

Von

Josef Kohler.

Ueber die Riukiu- (oder Liukiu-)Inseln in der Nähe von China ist in der unten bezeichneten Schrift[1]) neuerdings soziologisches Material gesammelt worden, welches für uns mehrfaches Interesse bietet. Hier brechen noch die Schintoistischen Vorstellungen hervor: die Gottheiten sind Naturgottheiten, und nur allmählich hat sich aus dem Animismus die Idee bestimmter vermenschlichter Gottheiten entwickelt.

Das Mutterrecht zeigt sich noch in bedeutsamen Erscheinungen, indem die Ehe zwischen Kindern von Brüdern erlaubt, die Ehe zwischen Kindern von Schwestern dagegen verboten ist: die maßgebende Verwandtschaft wird also durch die Mutter hergestellt. Sodann kehrt die Frau noch jetzt nach der Ehe in das Haus der Eltern zurück, ein Rest des ursprünglichen Brauches, wonach die Frau in ihrer Familie blieb und hier von dem Manne besucht wurde, so daß sie erst später in das Haus des Mannes überging. Für das Mutterrecht spricht auch noch, daß es die Mutter ist, welche die Tochter verheiratet, daß die Vermittelung der Ehe durch Frauen geschieht und daß die verstorbene Frau besonders energisch betrauert wird.

Die Gruppenehe aber kündigt sich noch in dem merkwürdigen Gebrauch an, daß der Ehemann nach der Eheschließung noch nicht mit der Frau zusammenwohnt, sondern einige Nächte in öffentlichen Häusern verlebt: offenbar eine

[1]) Simon, Beiträge zur Kenntnis der Riukiuinseln (1914).

Aeußerung des Satzes, daß die Ehe eine Abweichung von der alten Norm des gruppenehelichen Umganges ist; dieser alten Norm wird hier wie so oft gerade bei Beginn der Ehe noch gehuldigt, bevor der Ehemann sich in die eigentlichen Bande der Ehe begibt. Es scheint auch, daß in gewissen Gegenden die Ehen massenweise zu bestimmter Zeit geschlossen werden und dabei geschlechtliche Exzesse vorkommen, was alles noch auf den gruppenweisen Umgang zurückzuführen ist.

Die Kaufehe hat sich nur in mäßiger Weise entwickelt und so wie es scheint auch das Vaterrecht. An Frauenraub erinnern noch manche Streitigkeiten beim Hochzeitszug und der Brauch, daß die Frau verhüllt der Familie des Mannes übergeben wird, sowie auch der weitere Brauch, daß der Ehemann, wenn er die Frau abholt, von einem alten Manne empfangen wird und alle Zimmer hüpfend durcheilen muß, bis er endlich dahin gelangt, wo sich die Braut befindet. Ein anderer Brauch, daß beide Ehegatten in ein und dasselbe Gewand gehüllt werden, ist eine der üblichen Konfarreationsformen, wodurch die Seelengemeinschaft zum Ausdruck gebracht werden soll; dazu kommt die eigentliche Konfarreation, bei welcher die Ehegatten aus derselben Schüssel essen und aus demselben Becher trinken: Formen, die aus dem chinesischen Recht genügend bekannt sind.

Literatur.

Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Fritz Gillis, Die Billigkeit. Verlag J. Guttentag, Berlin 1914.

Dieses Werk formuliert den Begriff der Billigkeit wie folgt: „Die Billigkeit ist die Anwendung des obersten Rechtsgedankens auf die Fälle freien Rechts, in denen eine gemeinschaftliche Sphäre zerlegt werden muß in die scharf umrissenen Einzelbefugnisse."

Ich glaube, daß nur diejenigen an solchen gewundenen Redewendungen eine Freude haben können, welche selber in einer Weise schreiben, die auch das Einfachste und Klarste in Nebel hüllt.

Salvatore Adinolfi, Diritto internazionale penale. Verlag Ulrico Hoepli, Mailand 1913.

Aus dieser Darstellung des internationalen Strafrechtes möchte ich namentlich das Kapitel über die sog. internationalen Delikte und die Versuche hervorheben, eine einheitliche Regelung da zu erzielen, wo die Delikte in ihrem zusammenhängenden Fortgang in verschiedene Territorien eingreifen, S. 73 f.

Bei der geschichtlichen Darstellung hätten meine Studien über das internationale Strafrecht der italienischen Statuten namentlich bei einem Italiener sehr wohl berücksichtigt werden sollen.

Zu der Geschichte der Auslieferung sind die bei dem Verfasser auf S. 28—30 aufgeführten Beispiele hervorzuheben, so namentlich der Auslieferungsvertrag zwischen Karl V. für die Dauphiné auf der einen und dem Grafen von Savoyen auf der anderen Seite.

Michael Schewardnadse, Die Todesstrafe in Europa. Verlag Rudolf Müller & Steinicke, München 1914.

Die Zusammenstellungen des Verfassers sind sehr lehrreich; was er aber auf S. 45 gegen die Todesstrafe sagt, ist völlig un-

zulänglich. Richtig ist, daß die vergeltende Wirkung der Todesstrafe nicht zu allen Zeiten dieselbe ist und daß es sehr wohl möglich ist, die Todesstrafe einzuschränken; solange aber so viel Brutalität und Schrecklichkeit in der Menschheit herrscht wie heutzutage, ist sie nicht zu entbehren und ihre Abschaffung nichts anderes als eine ungerechtfertigte Sentimentalität. Was von der Grausamkeit der Todesstrafe gesagt ist, trifft nur unsere heutige Anwendung. Todesstrafe durch Gift und Elektrizität trägt, sobald die nötigen Mittel gefunden sind, um schmerzlos und plötzlich den Tod herbeizuführen, keine Grausamkeit in sich. Sollte der Schierlingsbecher des Sokrates eine Grausamkeit gewesen sein? Daß trotzdem die Enthauptung und das Hängen sich so lange erhalten haben, daran ist nicht die Idee der Todesstrafe schuld, sondern die Rückständigkeit der Entwicklung im alten Weltteil.

Walter Anderssen, Vergleichendes Verfassungsrecht der Gegenwart im Grundriß. Verlag Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin 1914.

Eine Uebersicht, recht mechanisch und ohne wissenschaftliche Bedeutung.

Die Aufsätze von

Leo Wittmayer, Richter als Gesetzgeber, Verlag Alfred Hölder, Wien 1913,

sind nicht ohne Verdienst, sie beziehen sich namentlich auf Steinbach zurück, dessen Bedeutung ich seinerzeit genügend hervorgehoben habe.

Tief eindringend in die statistischen Ergebnisse ist

Lilly Hauff, Die Entwicklung der Frauenberufe in den letzten drei Jahrzehnten. Verlag Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin 1911.

Sodann sind zu erwähnen:

Berliner Gemeinderecht, 2. Aufl., Bd. 3 und 10. Schulverwaltung und Gaswerke und Elektrizitätsangelegenheiten. Verlag Julius Springer, Berlin 1913.

Gesetzentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn, veröffentlicht durch das Königl. Ungarische Justiz-

ministerium. Verlag Hofbuchhandlung Julius Benkö, Budapest 1914.

Ueber Einzelheiten des ungarischen Entwurfes habe ich anderwärts gehandelt. Meine Ausführungen sind in ungarischer Sprache im Jogallam erschienen. Der Entwurf enthält sehr viel Förderliches, schließt sich aber zu seinem Nachteil viel zu sehr an das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und zu wenig an Eugen Huber an.

Nicht für Juristen geschrieben, aber auch für Juristen lehrreich ist:

Karl Meinhof, Afrikanische Rechtsgebräuche. Verlag der Berliner evangel. Missionsgesellschaft, Berlin 1914.

Bedeutsam ist:

Dina Bizzarri, Le rappressaglie negli statuti e nei documenti del comune di Siena. Verlag L. Lazzeri, Siena 1913.

Eine vorzügliche Darstellung von Einzelheiten über den Repressalienarrest namentlich in Siena. So werden beispielsweise auf S. 12 eine Reihe von Vereinbarungen von Städten angeführt, zwischen welchen das Repressalienrecht aufgehoben wurde, z. B. 1292—97 zwischen Florenz und Siena, 1316 zwischen Siena und Orvieto, 1317 mit Lucca. Dieselbe Erscheinung haben wir bei den deutschen Städten zu verfolgen. Immer mehr tritt die bedeutungsvolle Erscheinung dieses mittelalterlichen Instituts zutage.

Ferner ist erschienen:

Arnold Kalisch, Die Landtage und die Instruierung der Bundesratsbevollmächtigten. Verlag M. & H. Marcus, Breslau 1913.

Die Schrift enthält bemerkenswerte Ausführungen über den Fall der instruktionswidrigen Abstimmung eines Bundesratsmitglieds und den Fall, daß die Instruktion einem parlamentarisch zustande gekommenen Landesgesetz widerspricht.

Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen 1913.

Setzt die Kritik des Pandektentextes fort; verdienstlich ist das Studium einzelner Worte und Wendungen.

Internationale Rechtsverfolgung, Verhandlungen der Internationalen juristischen Konferenz 9. bis 11. Februar 1913

im Hause des Berliner Anwaltsvereins. Verlag Karl Heymann, Berlin 1913.

Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1913, 1. Heft: Sichernde Maßnahmen gegenüber unzurechnungsfähigen und vermindert zurechnungsfähigen Verbrechern, Referat von Ernst Delaquis. Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1913.

Das Recht, Band XII: Wilhelm Schuppe, Das Problem der Verantwortlichkeit. Verlag Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin 1913. Band XIV: Hans Gotthard Schmaltz, Das Arbeitszeugnis.

Carlo Spirito Razzini, Il diritto romano nelle satire di Giovenale. Turin 1913.

K. Marbe, Grundzüge forensischer Psychologie. Verlag C. H. Bechsche Buchhandlung, München 1913.

Das öffentliche Urkundenwesen der europäischen Staaten, herausgegeben vom Ständigen Ausschuß des internationalen Notarkongresses. Verlag Carl Fromme, Leipzig/Wien 1913.

Albert Hellwig, Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts. Verlag der Lichtbilderei G. m. b. H., M.-Gladbach 1913 (anderweitig zu besprechen).

Hermann Knapp, Das Rechtsbuch Rupprechts von Freising (1328) in seiner Bedeutung als strafrechtliche Quelle des Mittelalters. Verlag R. v. Decker, Berlin 1914.

Von dieser höchst bedeutsamen Arbeit Knapps über Rupprecht von Freising als strafrechtliche Quelle (im Archiv für Strafrecht) ist auch ein Separatabdruck erschienen.

